7

# RAGIONI

PER

La magn. D. Eleonora Oriolo madre, ed erede *ab intestato* della fù Marianna Ferrari

IN ESCLUSIONE

Del fedecommesso preteso dalle magn. D. Gelsomina, e D. Teresa Ferrari.

*DEGNISS. COMMESS.*
*Il Reg. Conf. Sig. D. Antonio Spinelli.*






*Presso lo Scrivano Nicoletti.*

# J. M. J.



PAssat' a miglior vita la pupilla Marianna Ferrari, figlia del fu Scipione della Città di Corigliano, per la G.C. della Vicaria fu di lei dichiarata erede *ab intestato* sua Madre D. Eleonora Oriolo, la quale fu pur anche immessa nel possesso de' beni ereditarj. Credea, non esser molestata dal possesso di quei beni, al godimento de' quali per legal indubitata ragione era chiamata, per rattemperarle il duolo della perdita dell' unica sua diletta figlia: ma non fu così. Ha ella tolerato 'l rancore, e lo dispendio di due gravi litigj, per li quali non guari duppo, ottenuto il possesso, ne fu rimossa, e sottoposti li beni ereditarj ad un general sequestro; Il primo li fu promosso dalle magnifiche D. Teresa, e D Gelsomina Ferrari zie paterne della defunta pupilla. Il secondo dalla magnifica D. Rosalia Papa Ava paterna della medesima pupilla.

Le magnifiche D. Teresa, e D. Gelsomina per un fantastico particolar fedecommesso ebber ricorso nel S.C., e dedussero, che tra li beni rimasti nell' eredità della pupilla Marianna, eran una casa palaziata con trappeto, ed orto di celsi, ed un tenimento d'olive nel luogo detto la Chiubica sottoposti da Pietro Ferrari, dal quale alla pupilla eran pervenuti, ad un espresso, assoluto, perpetuo fedecommesso, aperto a lor benefizio per la morte di Marianna senza figli: Domandarono perciò dichiararsi dal S.C., ch' a loro spettassero li cennati due poderi, e frattanto interinamente ordinarsi l' annotazione di tutti li beni ereditarj, e che la G. C. della Vicaria non procedesse alla spedizione del preambolo, come dalle suppliche *fol. 1., e 4.*

Commessasi questa caosa nel S. C. alla felice m. del Consiglier Bosco fu ordinata la controsupplicata, e l' annotazione *penes quem cum cautione, vel penes tertium cum obligatione*, e ne furono spedite le provisioni, come dal decreto *fol. 2.*

La destrezza di chi *in partibus* facea le veci delle magnifiche Ferrari, fe che, queste provisioni s'esseguissero totalmente in danno di D. Eleonora, che ritrovandosi nel possesso de' beni ereditarj in virtù del decreto della Vicaria, ed offerendo pronta la malleveria, non potea esserne rimossa, e pur fu fatta l'annotazione, non solo delli due poderi, su li quali s' indirizzava il litiglo del particolar fedecommesso, ma di tutti li beni ereditarj della defonta pupilla, e si consignarono ad un terzo *cum obligatione*.

Fè ricorso D. Eleonora nel S.C., e domandò esser mantenuta nel posses-

so de' beni ereditarj, nel quale rattrovavasi in virtù del decreto della Vicaria. A' questa domanda certamente doveasi deferire, perche dalle magnifiche Ferrari altr' azzione non erasi nel S.C. dedotta, che quella d' un particolar fedecommesso su li due cennati poderi, che se pur reggesse, dalle mani dell'erede dovrebbero riconoscerlo, se non non fosse uscita in campo D. Rosalia Papa, contrastando alla Madre la luttuosa successiòn della figlia, su la vana speranza di poter l'Ava alla Madre esser preferita, o almen ugualmente colla Madre concorrere. Dedotta quest' azzione dall'Ava paterna nel S. C., si stimò bene da D. Eleonora prestar' il consenso, ch' in un contradittorio si divenisse a decreto, col quale fu ordinato: che rispetto alla controversia tra l' Ava paterna, e la Madre per la successione intestata di Marianna, la G. C. della Vicaria di nuovo procedesse alla spedizione del preambolo *auditis omnibus interesse h bentibus*, *& non consignet &c.* Rispetto alla controversia per lo particolar fedecommesso, fu dato termino ordinario, e che frattanto restasse ferma l' annotazione, e consegna già fatta, come dal decreto *fol.* 81.

In esecuzione di questo decreto, nella G. C. della Vicaria s'è molto dibattuto pe'l preambolo *ab intestato* della defonta Pupilla tra la Madre, e l' Ava paterna, la quale difesa dallo stesso contradittore, che degnamente fa le parti di D. Teresa Ferrari per lo preteso fedecommesso, molto egli operò col senno, e colla mano, molto patì nell'aver succumbito, per esser stato confirmato 'l decreto di preambolo a prò della Madre, così dalla G.C. della Vicaria, come dal S.C.

Per lo preteso particolar fedecommesso fu compilato 'l termin' ordinario, nel quale s' è procurato provare li seguenti fatti, che non si pongono in disputa da ambedue le parti.

Che tra li beni ereditarj di Marianna Ferrari vi siano una casa palaziata con trappeto, ed orto di celsi, ed un tenimento d' olive nel luogo detto la Chiubica, pervenuti a Marianna per la persona di Scipione Ferrari olim suo Padre dall'eredità di Pietro Ferrari di lei Patruo magno.

Che nel 1733. Pietro Ferrari fe'l suo ultimo solenne Testamento, e non avendo figli, o altri descendenti, ed avendo Nepoti maschi, e femine di due suoi fratelli germani premorti, Francesco e Giacomo Ferrari, furono tutti li suoi nepoti da lui gratificati, ma con inegual sorte: perche Scipione unico figlio maschio di Francesco, fu agl'altri prediletto per essere stato istituito erede universale, e particolare tanto nell' usufrutto, quanto nella proprietà in tutti, e qualsivogliano suoi beni; ordinò però su li cennati due poderi un fedecommesso di non poternosi vendere, o alienare, acciò andassero da erede in erede di Scipione, intendendo per eredi li figli maschi del medesimo, procreandi in costanza di matrimonio, e non procreando maschi, vi succedessero le femine del medesimo Scipione, e non procreando poi detto Scipione nè maschi, nè femine, in tal caso, che andar dovessero li cennati due poderi a D.Teresa, e D. Gelsomina, loro eredi, e successori tanto maschi, quanto femine. Trascriveremo a suo luogo le parole della particolar disposizione di questi due

teni-

tenimenti, come quelle, dalle quali si vuol far sorgere un ideato assoluto fedecommesso, unque mai dal Testatore ordinato.

Gravò Scipione erede istituito a collocar in matrimonio D. Gelsomina, e D. Teresa di lui sorelle germane, con darli docati 1000. per ciascheduna di dote, ed ordinò tra queste una reciproca sostituzione nelli docati 1000. nel caso di morte senza figli di ciascheduna, e nel caso poi, che ambedue mancassero senz' aver procreati figli, volle, che tutti li docati 2000. ritornassero a Scipione erede istituito.

Gravollo pure di prestar alcuni legati in beni stabili, e quantità a figli maschi, e femine di Giacomo altro suo fratello premorto, li quali però non avessero dovuta tentar lite alcun' a Scipione erede istituito, e tentandola fossero privati delli legati, perche in tal caso volea, che tutto fosse stato di detto Scipione erede, e non delli figli di Giacomo, protestandosi, che la sua disposizione l' avea regolata a magior gloria d' Iddio, e per pura carità, essendo beni da esso lui acquistati, come dal Testamento *fol.29.e 36.*

Che da Scipione fu adita l' eredità, e prestati li legati. Che da Scipione casato con D. Eleonora Oriolo in costanza di matrimonio furono procreati due figli, uno maschio, e l'altra femina, li quali ambedue al Padre sopravissero; Il maschio, che fu postumo dichiarato erede del Padre *cum onere dotandi sororem de paragio*, sei mesi dopo nato, passò a vita più felice, e di lui ne fu dichiarata erede *p. ò medietate* D. Eleonora Madre, e l'altra metà *facto* col possesso de'beni fu adita da Marianna sua sorella ultima morta, dieci anni dopo 'l Padre, e n'è stata dichiarata erede D. Eleonora Oriolo di lei Madre. Questi fatti non vengono altercati dalle parti, e compilato 'l termino, ritrovasi la causa in stato di decidersi.

La controversia si raggira nel vedersi, se su li due sopracennati poderi da Pietro Ferrari fu stabilito un espresso assoluto, e perpetuo fedecommesso a beneficio di D. Gelsomina, e D. Teresa Ferrari, così nel caso di morte di Scipione erede istituito senza figli, come nel caso, che li figli di Scipione al Padre superstiti, fossero morti senza figli, com' è accaduto. Credeno D. Teresa, e D. Gelsomina, ch'espressamente sian chiamate al godimento delli cennati due stabili in ambedue li casi, e che qualora non fosse sì espressa la di lor chiamata in ambedue li casi, che dalle conjetture si vadi manifestamente a conoscere tal' essere stata la volontà del disponente: In maniera che per la morte de'figli di Scipione senza figli, per fedecommesso espress', o tacito, credeno esser' invitate al godimento della casa palaziata, e dell' oliveto nella Chiubica.

Per l' opposto D. Eleonora Oriolo Madre, ed erede *ab intestato* delli figli di Scipione, crede con umiltà, e franchezza poter dimostrare, che dal Testamento di Pietro Ferrari mica si vegga ordinato un assoluto, e perpetuo fedecommesso in caso di morte, ma solo un fedecommesso condizionale in caso d'alienazione.

Che qualora si vogli stabilito un assoluto fedecommesso, fu solo a beneficio de' figli di Scipione, o maschi, o femine, e condizionatamente, non procreando Scipione figli, a beneficio delle magnifiche Sorelle

di Ferrari, dal che non essendosi verificata la condizione, ed avendo Scipione procreati, e rimasti figli, si estinse affatto la chiamata di D. Teresa, e D. Gelsomina, restando li due poderi liberi nel dominio de' figli di Scipione.

E finalmente che, non vi sian' affatto conjetture valevoli per l'estensione d'un fedecommesso contro - enzionale a restitutorio, descensivo a collateral', e lineale, condizionato in un certo, e determinato caso ad un caso dissimile, e totalmente opposto.

Scrivendo noi per la magn. D. Eleonora Oriolo, erede di suoi figli, in esclusione del preteso fedecommesso su li due cennati poderi, dividiamo questa scrittura in due punti: nel primo, scriveremo del fedecommesso espresso: nel secondo, risponderemo alle conghietture in esclusione del fedecommesso tacito.

## PUNTO PRIMO

*Nel quale si dimostra, che da Pietro Ferrari altro fedecommesso espresso non fu ordinato, che quello di non poternosi vendere, o alienare li due sopraccennati poderi, e non già un fedecommesso assoluto in caso di morte, ed anche che si vogli ordinato un fedecommesso assoluto, fu a prò de' figli procreandi da Scipione Ferrari, e condizionato, non procreando figli, a prò delle magnifice D. Gelsomina, e D. Teresa Ferrari, dal che per la nascita de' figli di Scipione si estinse affatto la chiamata delle magnifice Sorelle di Ferrari, e molto più per essernosopravissuti li figli a Scipione.*

OR conviene trascrivere le parole della particular volontà di Pietro Ferrari per li due cennati stabili, come quelle, che decidono questo punto. Egli dopo aver instituito erede universale, e particolare in tutti, e qualsivogliano suoi beni Scipione Ferrari soggiunse.

*E perche in detta mia eredità de' beni stabili si rattrova un tenimento d' olive picciole, e grandi posto nel Territorio di questa Città di Corigliano, dove si dice la Chiubica, che si và in questa marina, che l'anni passati comprai dal Signor Giuseppe Giardino mio Cognato, come ancora la mia Casa palaziata con trappeto, ed orto di celsi attaccati a detta mia casa, intendo, e voglio, che tanto detto tenimento d' olive, e casa palaziata, trappeto, ed orto, come sopra, siano sottoposti a Fedecommesso, come io faccio, ed ordino, che non si possano vendere, alienare, permutare, o altro, ma che sempre siano sottoposti a detto Fedecommesso, che vadano da erede ad erede di detto Scipione Ferrari, e successori in perpetuum, quale casa palaziata con trappeto, ed orto stanno posti dentro questa Città nel luogo detto li Pignatari, però detto fedecommesso, come sopra espressato, e confinato, intendo,*

*do, ed ordino, che debbia, ed abbia d'andare da erede mascolino di detto Scipione Ferrari mio erede procreandi in costanza di matrimonio, e moncando gl' eredi muscolini c' abbiono, e debbiano succedere a detto fedecommesso le figlie femine procreande da detto Scipione erede, & quod absit, che detto Scipione non procreasse figli maschi, nè femine, in tal caso, ed ogni tempo ordino, e voglio, che li sudetti beni sottoposti a detto fedecommesso vadino, e debbano andare alle Sorelle di detto Scipione, onche figlie di detto Francesco Ferrari, e della Signora Rosalia Papa per nome chiamate Gelsomina, e Teresa Ferrari loro eredi, e successori in perpetuum tanto maschi, quanto femine, ma che solamente s' abbino da dividere l' annue entradi, e rendite ugualmente resti fermo detto fedecommesso, come sopra dalle parole del Testamento fol.32.*

Da queste parole di Pietro Ferrari D.Gelsomina, e D. Teresa Ferrari vogliono essersi ordinato, e stabilito un espresso, perpetuo, ad assoluto fedecommesso a lor beneficio in ogni caso, ed in ogni tempo che Scipione erede instituito fosse morto senz' aver procreati figli, o procreati fossero a lui premorti, o superstiti al Padre fossero indi morti senza figli com' è avvenuto; E non è questo un pensare contro le chiare parole del Testamento, l' espressa volontà del Testatore? Appellasi fedecommesso espresso quello, che venghi ordinato con parole, nelle quali non vi sia veruna dubbiezza, ed ambiguità, che possi porre in forse la voluntà del disponente. Ove si legge in questa special disposizione ordinato, che morendo Scipione erede instituito senza figli, o con figli, li quali morissero senza figli e nell' uno, e nell'altro caso invitate le sorelle di Ferrari, al godimento delli supracennati poderi? si legge solo la chiamata delle magn. Attrici nel caso che, *quod absit, che detto Scipione non procreasse figli maschi, nè femine*. Dunque avvendo Scipione non sol procreati, ma lasciati figli maschi, e femine, non si è verificata la condizione sotto la quale si leggono chiamate? Noi siamo nel caso della morte de' figli di Scipione senza figli, al quale non avendo il Testatore preveduto, si deduce per conseguenza, che non volle provederlo, acciò li beni restassero liberi alli figli maschi di Scipione, ed in mancanza de' maschi alle femine.

L' espressa volontà di Pietro Ferrari non fu altra, che ligar le mani a Scipione suo nipote, ed erede allora giovinetto, e non ancor casato d' alienar per atto tra vivi li due notati poderi, ordinando con ciò un fedecommesso mero controvenzionale in caso d' alienazione per atti tra vivi: eccolo dalle parole del Testamento, che convien ripetere.

*Intendo, e voglio, che tanto detto tenimento d' olive, e casa palaziata trappeto, ed orto come sopra siano sottoposti a fedecommesso, come io faccio, ed ordino, che non si possano vendere, alienare, permutare, o altro, ma che sempre siano sottoposti a detto fedecommesso*. Si fa replicatamente parola di fedecommesso, ed altro non si vede ordinato, che non si possano vendere, alienare, o permutare, senza che si facci parola di morte, ed in caso di morte di chiamata. Onde re-

restringesi 'l fedecommesso al divieto d'alienarli per atti tra vivi.

Questo divieto, o sia proibizion d'alienare in due maniere vien da nostri DD. considerato; o qual conghiettura della sostituzione ordinata in caso di morte; o pure come principal disposizione. Della prima ne parlaremo nel punto secondo, ove ci siam determinati, rispondere alle conghietture. La seconda, alla quale si riduce la disposizione di Pietro Ferrari, convien sottoporla ad esame.

La proibizion d'alienare senza comminazion di pena, senza contemplazion di famiglia, o di persona alla quale andar dovesse la cosa proibita alienandosi, contro la forma prescritta dal Testatore, per legal dispo sizione si riduce ad un nudo precetto, e consiglio per li notissimi Testi in *l. Filius fam.* §. *divi* il 2. *de legat.* 1., & in *l. Lucius de legat.* 3. essendo in libertà dell'erede di seguire il consiglio del Testatore, o no. Qualificato poi il divieto, che li nostri dicono vestito colla contemplazione della famiglia, o della persona, la quale avocar potesse la cosa alienata, si rend' efficace, e constituisce un fedecommesso controvensionale, al quale si da luogo nel preciso caso dal Testatore ordinato, come chiarissimi n' abbiamo l' esempi nel *l. Pater Filium* §. *Filiam suam de legat.* 3. nella *l. peto* §. *Fratre de legat.* 2. con altri concordanti ed espressamente nella *Novel.* 159. *de restit. Fideicom.*, ed è questa una teorica certa, ed indubitata nella legal disciplina,

Vediamo ora ciocchè fu ordinato da Pietro Ferrari: Ch' avesse ordinato, e repetito 'l nome di fedecommesso, *che non si possano vendere alienare, o permutare* sarebbe stato inutile, se non avesse soggiunto, *che vadano da erede in erede di detto Scipione*: ecco la caosa, che veste il divieto: ecco le persone, le quali se mai da Scipione si fossero contro l'ordinato dal Testatore venduti, alienati, o permutati li due controvertiti poderi, avrebbero potuto revendicarli. Questo fedecommesso sol controvensionale è quello, che fu espressamente ordinato da Pietro Ferrari, al quale si da luogo sol nel caso di controvensione alienandosi contro la forma dal Testatore prescritta. Se da fedecommesso controvensionale si possi far estensione a fedecommesso assoluto in caso di morte, è una delle più intrigate legali controversie. Non ca'e a noi esaminare questa disputa a minuto: atteso crediamo, ch' anche dato per fedecommesso assoluto quello ordinato dal nostro Testatore, pur le magnifiche D. Teresa, e D. Gelsomina restano escluse: Diciamo solo che la comune scuola de' nostri DD. in questa disputa ha seguitata la distinsione del famigerato *cons.* 363. di Decio: che sel divieto in se stesso non sia nudo, ma da caosa vestito, efficace per il fedecommesso controvensionale, e più di tal caosa vi sia altra ragione dal divieto indipendente, acciò sia questa ragion' operativa, s' estende il fedecommesso da controvensionale ad assoluto. Se per contrario, vi sia sol quella ragione, per la quale si rende valida, e vestita la proibizione, non può darsi estensione, sebben concepita con strettissime parole, e denotantino perpetuità.

Tiberio *Decian.* seguitando questa distinsione coll' opinione di *Soccin.* e di

e di *Gabriel*: il quale *ab enumeratione Doctorum* dice esser la comune nel *conf*.... così scrisse: *Et postremo animadvertendum, quod differentia, ante statur probibuerit alienationem bonorum suorum simpliciter puta nolo bona alienari, & addiderit postea causam, quia volo remanere in familia vel in meos descendentes, an vero probibuerit alienationem extra familiam ratione addita expressa, quia voluit remanere in familia: nam primo casu videtur magis comunis, quin inducatur fideicommissum in casu alienationis tantum, & est ratio quia cum simpliciter probibitio facta fuerit nullo babito respectu ad familiam, sive descendntes non valuisset illis probibitio tamquam nuda.... & ideo ut vestiretur, & valeret addit causam quia voluit bona sua remanere in familia, vel in suos descendentes, & ideo illa causa adjecta satis operatur, cum faciat probibitionem de nulla validam, nimirum si inducat fideicommissum tantum in casu alienationis.*

*Ant. Peregr.* nel trattato *de fideicom.* nell'*articolo* 14. tratta di proposito quest'articolo, riferisce l'opinione contraria tra Dottori, e restringendo poi la controversia alle diverse formole de' fedecommessi controvenzionali dice egli, che se dal Testatore si sia proibita l'alienazione: *quia vult in sua familia conservari, vel quia vult ea apud suos posteros, & descendentes permanere*, che in tal caso, non ostante l'oppinione di *Arctin.*, e loro seguaci per lo fedecommesso assoluto la contraria oppinione sia la più vera difesa dallo stesso Soccino a se stesso contrario da *Dec. conf.* 218. & *conf.* 89., e 119. da *Alciat.* virilmente nel *conf.* 31. da *Curt. Jun. conf.* 47. da qual si considera al riferir di *Peregr.* nel *num.* 15. *in fin. Quod aut Testator adjecit bæc verba, quia voluit bona sua conservari in familia, absque probitione alienationis præcedente, & tunc operetur absolutum, & simpl x fi eicommissum: aut adjecta fuerunt probibitioni, & tunc aut probibitio erat nuda, & operentur validitatem probibitionis, & fideicommissum committitur in casu contrafactionis tantum; aut probibitio erat valida, & eo casu operentur absolutum fideicommissum cum alium effectum operari non possent*, e doppo aver riferita l'oppinione di molti altri DD. dà *Pereg.* il suo sentimento nelle seguenti parole: *Et bæc in contingentia facti mibi verior de stricto Jure visa fuit, sive probibitioni adjecta sit clausula, quia in perpetuum voluit, sive enim omissa perpetuitatis mentione, ut per Doctores in dictis locis, & est casus expressus in Autb. de resti fideicom.*

Anzi *Ant. Peregr.* è della stessa oppinione in due altri casi più forti, che la proibizione non sia nuda, ma vestita, *ne alienari possint de mea nomine, de mea familia, de meis descendentibus*, ed indi aggiunta la ragione, *quia voluit bona sua in eos, vel in sua familia conservari*, o pure proibita l'alienazione *extra familiam, ut in familia relinquantur*, sempre che non vi sia antecedente disposizione per un fedecommesso assoluto, com'egli scrive nel *num.* 18. dello stesso articolo provandolo con sode massime legali, e rispondendo a tutte le opposizioni in contrario. Cossì pure *Vincen. Fusar. de fideic. quæst.* 688., il quale doppo aver riferita l'una, e l'altra oppinione, dice non doversi cossì nel consultare, come nel giudicare da questa oppi-

 nio-

nione recedere, come più ricevuta, e più vera, anche che per principal disposizione sia aggiunta la ragione alla proibizione, *ut bona remaneant in familia*. Lo fonda dalli sopracitati Testi della *l. Pater filium §. filiam de legat. 3.* ove la proibizione d'un'edificio, che non uscisse dal suo nome, *sed ad vernas pertinere*, dal Giureconsulto Scevola sol tanto un fedecommesso controvenzionale s'istimò stabilito, e nel §. *Pater*, ove si propone il caso della proibizione dell'alienazione fatta da un Padre a' figli Eredi istituiti de' predj, che li pervenivan dalla di lui eredità, acciò si conservassero per li di loro successori, e che se ne cautelassero *ad invicem*, Scevola rispose: *nil de fideicommisso proponi*. Ecco le parole del Testo: *Pater filios haeredes scripserat, & adjecerat, praedia, quae ad eos ex bonis meis perventura sunt, nulla ex causa alienent, sed conservent successioni suae: deque ea re invicem sibi caveant; ex his verbis quaesitum est an praedia per fideicommissum relicta videantur: Respondi, nil de fideicommisso proponi*. La maniera ch' il fedecommesso controvenzionale, che fondasi nel divieto di poternosi li beni alienare, non s'estende a fedecommesso assoluto; se oltre la ragion, che veste la proibizione, non vi sia altra indipendente ragione per la quale si vegga principalmente ordinato un fedecommesso assoluto. Nella disposizione di Pietro Ferrari, tranne la ragion che veste il divieto, non si legge altra ragione, anzi conjettura per un fedecommesso assoluto, nè le parole, *che sempre siano sottoposti a detto fedecommesso, che vadano da Erede ad Erede di detto Scipione Ferrari, e successori in perpetuum* fanno alterar' il divieto, poiche queste si sentono secondo la soggetta materia del precedente fedecommesso; ed a vita di colui a cui è espressamente, o intrinsecamente è diretto il divieto, come, coll' Autorità di *Decio*, di *Cef.*, di *Menoch*, di *Mart.*, di *Fusario*, ed altri, scrisse il *Reg. Capecelat.* nella *consult. 32. num. 58.*, ivi: *Nec aliqua vis erit facienda in illis verbis semper, & in perpetuum, intelliguntur enim secundum subjectam materiam, nec inducunt fideicommissum, ubi non est, nec esse potest, & restringuntur ad terminos fideicommissi praecedentis*, lo stesso scrisse coll' autorità di Gratian. Gio: Battista Hodierna nella *controvers. 32. num. 47.*, e v'è l'espresso caso del Testo nella *sopracit. l. Pater filium* nel §. *fundum Titianum*, ove proibita l'alienazione *quoad vixerit*, sebbene poi fossero sosseguite le parole: *Ita enim fiet, ut fundus Titianus de nomine vestro nunquam exeat*, fu da Scevola determinato, che con tal ragione, quantunque denotante perpetuità colle parole *nunquam exeat*, non restav' alterata la precedente proibizione.

Quest'o è per legge, ma nel caso nostro vi concorre il fatto, perche lo stesso Pietro Ferrari, doppo aver detto da Erede ad Erede, e successor' *in perpetuum* volle spiegare coloro, li quali sotto queste parole si sentissero compresi, e dichiarò, che intendea per gl' eredi procreandi da detto Scipione in costanza di matrimonio maschi, ed in mancanza de' maschi le figlie femine pur procreande da detto Scipione, dal ch' essendos' in questa forma dichiarato 'l disponente, chi non va a conoscere, che per gl' eredi, e successor' *in perpetuum* in-

intender volle solo li figli di Scipione, alli quali sol tanto adattansi le parole procreandi da detto Scipione.

Posto, che 'l fedecommesso ordinato da Pietro Ferrari si restringe ad un fedecommesso controvenzionale, perche non si vede fatta menzione di morte, ne veruna chiamata, o sostituzione in caso di morte, e che non vi sia ragione per estenderlo a fedecommesso assoluto, nasce per conseguenza, che proibita l'alienazione per atti tra' vivi, come fu ordinato da Pietro Ferrari, *che non si possano vendere, alienare, permutare, o altro*, non include gl'atti d'ultima volontà, o la successione intestata, e la ragion si è, perche il verbo di alienare nella propria sua significazione a contratti tra vivi s'adatta. Importa l'alienazione il trasferirs' il dominio, ciò che non si verifica negl' atti di ultima volontà per effetto della pura disposizione. Cossì al minore dalla legge li vien vietato alienar senza decreto di Giudice, ma validamente senza decreto per Testamento può disporre. Colui, a cui sia vietata l'alienazione, non controviene al divieto col disporne per Testamento:poiche la semplice disposizione non importa translazione di dominio, se non seguita la morte,ed adita l'eredità.Da queste ragioni mossi li Dottori, han per fermo,che, proibita l'alienazione con parole adatte a contratti tra vivi,non include gl'atti di ultima volontà,e molto meno la successione intestata, essendo questa una distrazzione, che fa la legge, e non già l'vuomo. Su questo articolo v'è la chiara determinazione di Scevola nella *cit.l. Pater filium* nel §. *Jul. Agrippa*; e nel §. *quindecim de legat.* 3.,

Al sentimento di Scevola non puol opporsi quello di Papiniano in *l.Peto* §.*Fratre de leg.*2.ove la proibizion d'alienare esclude l'istituzione dell' erede straniero, perche nel caso di Papiniano alla proibizione v'era aggiunta la ragione, *ut in Familia relinqueretur*, per la quale ragione determinò quel gran Giureconsulto, che controvenivasi al divieto disponendone per atto d'ultima volontà; Perciò li nostri DD. In questo si sono regolati dalle parole del divieto: se le parole abbino compresi, così gl'atti tra vivi, come quelli d'ultima volontà o siasi considerato, che la proibizione veniva diretta alla conservazione de' beni nella famiglia, han seguitata la determinazione di Papiniano: se le parole si riferiscano nel atti tra vivi, senza contemplazione d'agnazione, han seguitata la determinazione di Scevola: ma nell'uno, e nell'altro caso la successione intestata unque mai vien esclusa dalla proibizione d'alienare: perche è disposizione di legge, e non di Uomo, così han scritto li nostri più pesati DD., così è stato deciso da' Senati forastieri, e dal nostro S. C. e per non tesserne un lungo catalogo ci basta raccordare a' Signori del S. C. quel tanto lasciò scritto.

Il *Card. de Luca* anche nel fedecommesso conservatoriale nel *discorf.* 54. *num.* 15., ed è bene, che se ne trascrivano le parole. *In proposito autem hujusmodi probibitionum alienationis babentium dictam rationem accessoriè, consequutivè, ita ut ex*

A 5 *illa*

*illa non resultet fideicommissum restitutorium, sed solum conservatorium, pluries, ac pluries idem respondi, præsertim in una Sabinen. de Pedrocchis pro Luca Pedrocco; me consulente pro veritate, an dicta probibitione non obstante, quamvis adessent illi de familia, extra quam Martinus ejus abavus probibuit bona alienari, disponere posset ad favorem ejus nepotum ex sorore proximiorum, ac legitimorum ab intestato hæredum, dum agnati de familia ab eodem Testatore per aliam lineam descendentes ab ipso quinto gradu distabant; Et respondi affirmativè, quoniam fideicommissum conservatorium non tollit successionem ab intestato, neque illius ordinem pervertit, etiamsi legitimi successores non sint de familia juxta doctrinam Bart. in l. pæto §. Fratr. num.2. & l. cum Pater §. cum inter ff. de legat. 2., quam cæteri sequuntur cumulati per Bellon. jun. cons. 1. num. 84. de Marin. resol. 131. num. 4. lib. 1. Fusar. quæst. 688. num. 100.*

Il Senato de Mantua in una simile controversia, sebbene non volle entrar nella decisione dell'articolo sel fedecommesso controvensionale possi estendersi a fedecommesso assoluto, ebbe però per vero, che proibita l'alienazione, e vendita, e permessa solo in caso di necessità, e tra quei della famiglia, *nec aliter, nec alio modo* non impediva poterne testare, come referisce *Surd.* nelle *decis.* 124.

L'acutissimo Fabro nel suo lodevolissimo codice così porta essersi deciso dal suo Senato *lib. 6. Tit. 22. Defin. 4.* le di cui parole è bene, che si riflettano, e si trascrivano, come quelle, che fan vedere, quando il fedecommesso controvensionale si restringe all'atti tra vivi, quando include gl'atti d'ultima volontà, e quando da controvensionale possi estendersi ad assoluto. *Probibitio alienationis* (sono parole a Fabro) *extra Familiam, ut bona perpetuo in familia conserventur, fideicommissum inducere quidem solet, sed non nisi conditionale si alienatio extra familiam facta fuerit, & ut ajunt, in casum controventionis. Extitisse autem conditio videbitur, si extraneus hæres institutus sit non item si ex caussa successionis intestati bona Testatoris ad cognatum, qui de familia non sit, pervenerint, propterea quod in institutionibus factum Testantis in intestati successione sola legis potestas versatur. Cæterum si ad certas personas, certosve casus ea probibitio restricta sit, cavendum erit, ne per largiorem, quam par sit, interpetrationem conditiones suas egrediatur probibitio, non quod odiosa videri debeat quæ familiæ conservandæ favorem præ se fert, maximè si nobilem proponas familiam, aut etiam illustrem, cujus facultates integras conservari publicè quoque intersit, sed quia defunctorum voluntates, quantumcumque favorabiles adjuvandæ sunt per interpetrationem, ut tamen nunquam suppleantur, ne Testatoris rem tractantes ipso liberaliores videamur. At si qui bona sua perpetuo in familia conservari disertis verbis jusserit, aut quod idem est extra familiam alienari probibuerit, addita probibitionis ratione, conceptaque in hæc verba quia volo bona mea perpetuò in familia remanere, magis est ut inter eos omnes, qui sunt ex familia, servato proximitatis ordine, gradusque prærogativa, fideicommissum reale, & perpetuum, nec tantum graduale, sed etiam reciprocum relictum videa-*

-dcatur, cui locus fieri debeat, quoties alioqui eventorum sit, ut ad extraneum, licet non nisi per viam successionis legitimæ bona devolvantur. Ita Senatus in eadem caussa.

Dal nostro S.C. fu deciso, che la proibizion d'alienare concepita nella seguente formola, *quod nullatenus bona prædicta possunt vendi, alienari, sive pignorari per ipsum Anastasium Donatarium, ejusque hæredes, & successores ex quavis caussa etiam urgenti, & semper, & in perpetuum illa teneri deberent per ipsum Anastasium ejusque hæredes, & successores pro eorum victu, & substentatione* non importasse fedecommesso assoluto, ma solo in caso di alienazione tra' vivi, come riferisce il Reggente de Rosa nella sua prattica civile *cap.* 4. *num.* 110.

Il divieto ordinato da Pietro Ferrari si riduce *a vendita, alienazione, o permutazione*; E la parola *altro* deve referirsi a somiglievole contratto, come di pignorazione, locazione perpetua &c.

Ma fingasi, che 'l fedecommesso ordinato da Pietro Ferrari mero controvenzionale possi estendersi a fedecommesso assoluto, anco in caso di morte (contro tutti gli legali assiomi) anzi che espressamente si fosse ordinato un fedecommesso assoluto, e restitutorio, qual vantaggio da ciò possan ritrarre le magnifiche Sorelle di Ferrari, non sappiamo vederlo. Pietro Ferrari nel stabilir il fedecommesso disse, che li due poderi andar dovessero da Erede ad Erede di detto Scipione Ferrari, e successor' *in perpetuum*, e sin qui sarebbe al certo stato inutile il fedecommesso, perche per nome di Eredi, e successori certamente sentivasi cegl' Eredi anche stranieri, giusta l'espresso Testo in *l. annalibus Cod. de legat.*, e della *l. Pater §. Pater de legat.* 3., e per gl' intieri *Tit.* delli Digesti, e del *Cod. de hæredibus instituendis*, ma come susseguendo disse, che per Eredi intendea li figli procreandi da Scipione in costanza di matrimonio mascolini, ed in mancanza di costoro, che ci dovessero succedere le figlie femmine, procreande da detto Scipione, è certo, che volle intendere per gl' Eredi del sangue, ma sempre colla qualità ereditaria, poiche, quando dichiarò, che per Eredi, e successori intendea li figli, espressamente li chiamò, com'eredi di Scipione, in maniera che volle, che fussero figli, ed Eredi, come insegnò *Bart.* nella *l. ex facto. Bald.* nella *l.* 1. *Cod. de condit. insert. Soccin.* nel *conf.* 158. *lib.* 2., *Decio* nel *conf.* 38., *Cravet.* nel *conf.* 131., *Decian.* nel *conf.* 98. *vol.* 3., *Peregr. artic.* 32. *num.* 34., *Fusar. quæst.* 338. *num* 15.; E venendo chiamati colla qualità ereditaria, ancorche espressamente chiamati, potea ben il Padre gravarli, ed eran tenuti al gravame, pe'l Testo della *l. cum a Matre Cod. de rei vindicatione*, e pe'l Testo della *l. unum ex familia §. si rem ff. de legat.* 2., e per quello scrissero per per questi Testi Paolo de *Castr. in l. fil. fam.*, *Curt. Sen.* nel *conf.* 45., *Rimin.* nel *conf.* 528., *Surd.* nella *decis.* 322. *Menoch.* nel *conf.* 958. *Sforz. Od. de fideic. quæst.* 2. *artic.* 5. *num.* 70. seguitati dal *Reg. Capec.* nella *consult.* 32.

Passiamo avanti. Siano pur chiamati *ex propria persona*, come descendenti, e non quali Eredi li figli maschi di Scipione al godimen-

to del pretefo afsoluto fedecommefso ordinato da Pietro Ferrari su li due cennati poderi, dal che invitato al fudetto fedecommefso Scipione Juniore figlio poftumo di Scipione Erede iftituito, e nella mancanza di coftui Marianna ultima morta, per la quale il Teftatore difse: *E mancando gl' Eredi mafcolini, vi abbiano, e debbano fuccedere le figlie femine, procreande da detto Scipione Erede*, chiamando le figlie femine col verbo *fuccedere*, che altro non volle dire, che chiamarle come Eredi *ab inteftato* di Scipione loro Padre, poiche *il verbum* fuccedere è proprio per le fucceffion' inteftata,

Non vogliam' entrar nella difputa, fe per la natività del poftumo mafchio s' eftinfe affatto l' invito delle femine chiamate in mancanza delli mafchi, attefo all' ifteſso mafchio dove fuccedere così la Sorella, come la Madre, articolo già dibattuto, e decifo dalla Gran Corte della Vicaria, e dal S. C. S' abbi per invitata *ex propria perfona* Marianna Ferrari figlia legitima, e naturale di Scipione al godimento del fedecommefso afsoluto pretefo ordinato da Pietro Ferrari; quefto non giova affatto alle magnifiche Sorelle di Ferrari, come chiamate fotto l' efpreſsa volontaria condizione, che Scipione non procreafse ne' mafchi ne' femine, *& quod abfit che detto Scipione non procreaffe figli mafchi, ne femine, in tal cafo, ed ogni tempo ordino, e voglio, che li fudetti beni fottopofti a detto fedecommeffo, e debbano andare alle Sorelle di detto Scipione.*

Non crediamo, che poffi pors' in difputa, che la chiamata delle Sorelle di Ferrari, come addetta ad un futuro dubiofo evento, foffe condizionata, fottopoft' ad una condizion volontaria dipendente dalla libera volontà del difponente; or non effendofi la condizion verificata, per la quale li due poderi dovean paffare da Scipione a D. Gelfomina, e D. Terefa, ed effendofi verificato il cafo, che Scipione non folo aveffe procreati, ma lafciati figli mafchi e femine, non fappiamo vedere, con e a D. Gelfomina, e D. Terefa li falti in tefta, che per efpreffo fedecommeffo fiano elle invitate al godimento de' due cennati ftabili? Fors' è nuovo in Jure il legal affioma tratto dalla *l. qui hæredi §. fin. ff. de cond., & demonftr., quod pario funt nil fieri, aut fieri fub conditione, quæ purificata non fuerit, & deficiente conditione, deficit ipfo Jure difpofitio?* e che una volta eftinta *amplius non reviviſcit?* È certo che le condizioni principalmente volontarie devono verificars' in forma fpecifica, e bafta che in un fol momento fiano adempiute, o pur in un fol momento eftinta la fperanza di poterfi adempiere, attendendofi il principio, e non la durata pe'l Tefto della *l. fi quis hæredem ff. de inftit., & fubftit.*, così per l' Iftituzioni univerfali, come per li ligati, e fedecommeffi per 'l §. *quod & in legatis* della *cit. l. fi quis hæredem*; E però, ficcome nelle condizioni affermative, s'attende il principio dell' efiftenza, e non fi cura il tratto fucceffivo, così nelle condizioni negative bafta, che in un fol momento di tempo fi verifichi l' oppofto, e la ragion fi è, perche *contrariorum eadem eft difciplina Text.* in *l. 1. ff. de his, qui funt fui*, e

fi da

si da luogo alla regola, *quod operatur propositum in proposito operatur oppositum in opposito. Text.* in *l. fin. §. fin. ff. de legat.* 3.

Così nelle condizioni *si consul factus fuerit*, *si nupserit*, *si vidua erit*, s' attende il puro momento, che sia consolo, vidua, o maritata, e si dee l'eredità, o il legato, ancorche deponga il Console il consolato, passi la vidua allo stato conjugale, la maritat' al vedovile, per l' espressi Testi in *l. si quis haeredem cit. Tit.*, e della *l. fin. C. de indict. viduit toll.*

Così nella condizione *si liberos habuerit* v' è l' espresso Testo degl' Imperadori Severo, ed Antonino, che si debba il legato *statim* nato un figlio, poco importando, che immediatamente muoja, come leggiamo nella *l. cum uxori C. quando dies legati*, *vel fidei c. cedit.* ivi. *Cum uxori ususfructus fundi legatur*, *& ejus proprietas*, *cum liberos habuerit*, *nato filio statim proprietatis legati dies cedit*, *nec quicquam obest si is decedat*. Uniforme a questa determinazione sono l'altre, che leggiamo nella *l. si vir Uxori*, e nella *l. solemus ff. de cond.*; *& demonst.*, e la ragion' è quella da noi sopr' additata, e che ci viene somministrata dal *cit.* Testo della *l. si quis haeredem Cod. de Instit.*; *& substit.* ivi *Sancimus quandocumque impleta fuerit conditio*, *sive vivo eo*, *sive mortis tempore*: *sive post mortem*: *conditionem videri esse completam*. E nel Testo della *l. haeredibus ff. ad Trebell.* dal Giureconsulto Scevola per la stessa ragione, fu deciso un caso, che non è fuor di squadro per la decisione della corrente caossa averlo presente. Tizio instituì eredi due suoi figli, con reciproca sustituzione tra essi loro, morendo cadauno senza figli, e non ratrovandosi vivo pregolli, che 'l restituissero alla Madre, e soggiunse *vosque liberi carissimi hoc fideicommisso teneri invicem volo*, *donec liberos binos educaveritis*: Fu dal Giureconsulto dom ndato, se un degl' Eredi, procreati due figli se ne fosse indi morto senza figli, era tenuto al fedecommesso? rispose Scevola: *Secundum ea*, *quae proponuntur videri fideicommissi onere liberatos*; E pure trattavasi d' una disposizione paterna con reciproca sustituzione, indi gravati del fedecommesso colla condizione *donec binos liberos educaveritis*, che sembrava importasse tratto successivo: ma perche in un sol momento, che procreati, e nati li figli, dal Padre poteansi dir' educati, in quel momento si stimò estinta la condizione, colla quale eran gravati del fedecommesso, ed una volta estinta *amplius non reassumit*, per avvalerci della frase di Cujacio.

Nel caso nostro vi è una ragion più forte, perche la chiamata delle Sorelle di Ferrari fu sotto la momentanea condizione, nel caso che Scipione Erede istituito non procreasse figli, che certamente s' estinse colla semplice nascita de' medesimi, e furono chiamate nel preciso caso, che non procreasse figli, *& quod absit*, *che detto Scipione non procreasse figli maschi*, *e femine in tal caso &c.* per le quali parole, *in tal caso*, restringesi la disposizione al caso espresso in esclusione d' ogn' altro caso *Text.* in *l.* 4. *§. fin. ff. de cond.*, *& demonst. Cravet. cons.* 98. *num.* 5. *Peregr. artic.* 29. *num.* 28. *Cyriac. lib.* 2. *contr.* 28. *Ciarl. lib.* 1. *cap.* 100. *num.* 2.

Ma qui ripiglia il detto Contradittore, ch'alle parole, *in tal caso*, susseguono l' altre *ed ogni tempo*, per le quali si deve presumere essersi da Pietro Ferrari ordinato un perpetuo fedecommesso in ogni caso, in ogni tempo, e per ogni futuro evento, che li figli, e descendenti *in perpetuum* da Scipione fossero mancati senza figli.

Sono verissime le parole *ed ogni tempo*, che sussieguono immediatamente doppo le parole *in tal caso*, è fallà però l'illazione, che da queste parole si debba presumere un fedecommesso assoluto perpetuo, poiche non possono queste alterar la condizione, sotto la quale le magnifiche Sorelle di Ferrari sono chiamate, e mutar la significazione del verbo col farli produrre un effetto diverso, anzi contrario. A queste parole la risposta caminarebbe nel secondo punto, ove ci siam deliberati rispondere alle conjetture, giacche in questo punto se parla del preteso espresso fedecommesso: ma si risponda qui, e si ci risponda con vere legali massime, ed indubitate, per le quali crediamo bene, che le parole, *ed ogni tempo* senza farle essere superflue, ed otiose, ben vero operative ogni altro possono produrre, tranne quello della chiamata delle Sorelle di Ferrari, nel caso della morte de' figli di Scipione senza figli. Per vedersi a ch' al più estendere si possa la chiamata condizionata delle Sorelle di Ferrari per le parole *ed ogni tempo*, è ben che li dottissimi Giudicanti si raccordano.

Che la Teorica da noi fondata, per le condizioni volontarie, che per loro natura siano momentanee vien dalla comune scuola de' Dottori limitata, se dalle parole della disposizione, possi adattarsi tratto successivo, perche allora non s' attende sol il momento della purificata condizione, ma ben anche la durata, e l'effetto uniformo però alla condizione, e non già dissimile, o contrario, così scrive coll' oppinione di *Bart. Alberic.*, *Angel.*, ed altri il *Card. Tusco lit. C. conclus.* 598.

La chiamata delle Sorelle di Ferrari fu sotto la precisa condizione, che Scipione non avesse procreati figli ne' maschi, ne femine. Questa condizione *si liberos non genuerit, vel non habuerit* promuove tra Dottori una delle più belle controversie: se riputar debbasi momentanea, in maniera che riputasi verificata nel momento della nascita de' figli, per un picciol momento, che doppo la nascita respirano ancorche al Padre non sopravivano; o pure che abbi tratto successivo, e durata fino alla morte del Padre, nel qual tempo si riguarda l' esclusion del sostituto. Promuovono questa controversia il *Card. Mantic. de Conjectur. lib.* 11, *num.* 2., *Castil. tom.* 5. *cap.* 89. *de conject. ultim. volunt.*, *Anton. Peregr. de fideicom. artic.* 29. *num.* 21., e dopo aver riferito essere questo punto molto controvertito, seguitando egli l' oppinion di *Aretin.* fonda esser la condizione *si liberos non habuerit mera momentanea*, che ad escludere il Sostituto, basta che per un sol momento 'l gravato abbi avuti figli, ancorche nel tempo della morte non l'abbia, e questo scrive aver luogo pur anche nel caso particolare d' essere stato l'erede gravato a dar qualche cosa dell' eredità sotto la condizione *si liberos non habuerit*.

So-

Sono molto stringenti le raggioni addotte da *Peregr.*, e fornite di vere legali massime., e molto adatte al nostro caso, e però ci convien trascriverle: *Sed hic congrue quæro quid si Testator hæredem scriptum post ejus mortem gravaverit hæreditatem, vel aliquid dare, sub conditione si liberos non habuerit, an ad excludendum substitutum sufficiat, hæredem liberos habuisse, quamvis non extiterint mortis suæ tempore: Hanc quæstionem reassumit Mantic. loco cit. num. 5. porro contra substitutum decidunt Jacob. de Aret., & Alberic. de Rosat. in detta l. ex facto §. si quis autem, & præter eos Paul. de Castr., Jason. in detta l. in substitutione col. 4. & in l. si quis hæredem col. 4. Cod. de instit., & substit., ubi refert sic fuisse de mente Ang. in l. generaliter §. cum autem Cod. de Instit., & substit., & consuluit in cons. 364. Rationes amo sunt hæ: conditio cum liberos habuerit statim filiis natis purificatur detta l. cum Uxori Cod. quando dies legati cedit, ergo per contrarium, conditio si liberos non habuerit statim deficit, ut contrariorum contraria sit ratio.*

*Secundo quia considerari potest natis filiis testatorem noluisse gravare hæredem propter dimessa impendia filiorum caussa.*

*Tertio videtur Text. in l. hæredibus ff. ad Trebell. ubi illa conditio, donec binos liberos educaveritis evacuat fideicommissum collatum post mortem sub conditione si sine filiis, statim susceptis filiis, igitur & ista si liberos non habebit.*

*Quarto quia evidenter multum interest inter hanc conditionem si decesserit sine filiis, & inter si liberos non habuerit, nam primo caso qui liberos præmortuos habuit ante ipsius mortem verè sine filiis decessit d. l. ex facto §. si quis autem, qui autem filios habuit, licet præmortui sint, verum tamen est filios habuisse, ac ideo falsum est filios non habuisse, ideoque conditio deficit, nempe in condectionibus nudum, & merum factum inspicimus l. qui hæredi, & d. l. Mævius ff. de cond., & demonst. Denique ultra Paul., & Jason. non adductos per Mantic. extat Bald. decis. cons. 57. tom. 2. ubi determinat, quod conditio hæc si liberos non genuerit, statim natis liberis deficit, & substitutus ob defectum conditionis excluditur.*

Non ostante però, che questa sia l' oppinione comune, e ricevuta convien confessare, che se nella disposizione vi sia parola, che denoti tratto successivo, allora l' opinion contraria è la più equa, che la condizione *si liberos non genuerit* in esclusion del sostituto, debba verificarsi nel di della morte del gravato colla sopravivenza de' figli, e di questo, sentimento fu *Soccin.* nella *l. solemus*, e nella *l. cum Avus de cond. & demonst.* come se la condizione accompagnata fosse coll' adverbio *quandocumque liberos non genuerit*, che si adequa alla parola *ed ogni tempo* che non procreasse figli in questo caso giusta la Teorica di *Soccin.*, di *Cuman.*, di *Alex.*, del *Card. Mantic.* d' *Odd.*, ed altri la condizione *si liberos non genuerit* può pur verificarsi se al gravato li figli non sopravivono: ed ecco di qual' efficacia sarebbero state le parole *ed ogni tempo* a prò delle Sorelle di Ferrari col sentirsi verificata la lor chiamata, anche nel caso, che Scipione, doppo aver

 pro-

procreati figli fofs' indi morto fenza figli. Interpetrazione confona alla volontà del difponente, che voile, che da Scipione li due poderi andaffero a D.Terefa, e D. Gelfomina, ed uniforme alla ragion legale, fenza fare ftar fuperflue le parole *ed ogni tempo*, e fenza farli produrre un'effetto contrario.

Può pur rifflettetfi, che le fudette parole *ed ogni tempo* fe foffero dal Teftatore appofte a favor di Scipion' erede iftituito, giache riferifconfi alla procreazione de' figli. Avendo il Teftator' ordinato, che non procreando Scipione figli, li due poderi doveffero andare alle Sorelle di Ferrari, fenz' aver fatta memoria in cafo di morte, avrebbero le chiamate potuto, e con ragione, chieder' effetfi verificato il cafo della chiamat' a lor benefizio pria della morte di Scipione, reso fol tanto inabile a procreare; E qui convien riflettere: che che dicono li Naturalifti, feguendo la fentenza di Ariftotile graviffimo Filofofo nel *cap.14.lib.5. de hyft. Animalium*, che l'vuomo atto fia alla procreazione fino al fettagefimo anno; che che fi narri di Maffiniffa Rè della Numidia aver generato Metfmato nell' età di anni ottantasei, al riferir di *Plin.* nel *lib.7. cap.14.* dell' Iftoria naturale, e di *Valer.Maffim.lib.8. de Senectute de Maffiniffa Rege Numidiæ*; Che che fi narri di Catone Cenforino, che in età di ottant' anni aveffe procreato l'altro Catone Avo di Caton Uticenze, giufta la teftimonianza di Plutarco nella fua vita; Che che di Uladislao Rè di Polonia, ch' in età di novant' anni aveffe generati due figli, Uladislao, e Cafemiro, al riferir di Enea Pio nella fua Europa *cap.25.*, inclinando li Giurifti *circa ea, quæ frequentius accidunt*; compita negl' vuomini l'età d' anni feffanta non fi riputan più atti alla procreazi ne giufta l'oppinion di *Fulgof.* nel *conf.212.* per la magiftral *Glof.* nella *l. fi Paterfam.§. in arrogationibus ff. de Adoptionibus in verb. fexaginta*, per la qual ragione vien proibita l' arrogazione pria dell'età d' anni feffanta, potendo attendere alla procreazione fenz' avalerfi del legal benefizio per aver figli, a contemplazion de'quali dalla *l.Papia* confirmata da Poppeo in tempo d' Augufto furono vietate le nozze alle femine, paffata l'età d' anni 50. ed agl' Uuomini d'anni 60. com' inabili alla prole. Giunto in tanto cipione erede inftituito all'età d' anni 60. avrebbero potuto beniffimo D. Terefa, e D. Gelfomina chieder effer fi verificata la condizione *fotto la quale venivan* chiamate, fe non avefse foggiunto *in tal cafo ed ogni tempo* col rifpetto alla procreazione, per poterfi pur verificar il cafo fpeciale d'aver figli in altra più avanzata età.

Quando adunque concediamo, ch' il fedecommeffo controvenfionale s'eftend' a fedecommeffo affoluto; condizionale, non procreando figli al tempo della morte fenza figli, pur per la morte di Scipione con figli s'eftinfe affatto la chiamata di D. Terefa, e D. Gelfomina, e qui fon proprj i termini del celebre conf. 21. di Oltrad. ricevuto in tutti li Senati d' Europa, e canonizato con tante finodali decifioni del S. C. fino ad efferfi impofto perpetuo filenzio su la controverfia tra DD., fe nel Foro fia detto confìg. ricevuto, come attefta il Reggente de

Pont.

Pont. nel *conf.* 61., e nella *decif.* 39., ed il Regente Galeot. nella *contr*, 26. *lib.* 2.

Anz'il caso, nel quale consigliò Oltrad. era più forte del nostro per un durevole fedecommesso, anche dopo la morte de' figli. Il Testatore avea instituiti eredi un Fratello, e quattro nepoti di due Fratelli premorti, quali sostituì nella sequente formola: *Si aliquis hæredum meorum sine filiis aut nepotibus aut dein eps descendentibus, & masculis mori contigerit, ejus portio devolvatur ad cohæredes superstites, vel eorum hæredes dum tamen sint masculi, & ex masculis secundum rectam lineam descendentibus*; Indi gravò li maschi a dotar le femine; e morendo poi tutti gl' eredi, senza figli, o nipoti, o altri descendenti maschi, ordinò che li suoi beni andassero alla Rom. Chiesa. Delli nipoti eredi istituiti, uno passò all'altra vita con aver lasciati quattro figli, de' quali uno si casò, e lasciò una figlia, che fè sua erede, e fu instituita anche dal Patruo. Nacque la controversia, se li maschi dell' eredi instituiti poteau avvocare in vigor della sostituzione li beni pervenuti dal Testatore alla femina, così per l'istituzione del Padre, come del Patruo. Oltrado non dubitò esser fedecommessaria la sostituzione, ma estinta la chiamata per la morte del nipote instituito con figli, appunto per li termini delli Testi da Noi citati nella *l. si quis hæred. ad Trebell. l. cum uxori C. quando dies legat. ced.*

Chi non vede quanto questo caso era più duro del nostro, poiche in questo la condizione era: *Si aliquis hæredum meorum sine filiis, aut nepotibus & descendentibus masculis mori contigerit*, e per la nascita de' primi figli si stimò estinta la chiamata *ob non purificatam conditionem*; Nel caso nostro la chiamata è stata con la precisa condizione, se Scipione non procreasse figli, che si adatta alli soli figli immediati *ex corpore* di Scipione Ferrari, giusta la dottrina d'*Alciat. in l. liberorum num.* 34. *vers. Sextus casus ff. de verbor. significatione* seguitata da *Guid. Pap. decis.* 353. da *Thesaur.* nella *decis.* 248. *num.* 8. Nel caso d'*Oltrad.* si vedea contemplata l'agnazione per la chiamata de' maschi in esclusion delle femine; Nel nostro si veggono chiamate le femine in mancanza de' maschi. Nel caso d'*Oldrad.* oltre molti gradi di sostituzione, in ultimo luogo veniva chiamata la caussa pia, com' era la Chiesa Romana; Nel nostro sino alla chiamata di D. Gelsomina, e D. Teresa non v'è altro, che un grado di sostituzione per li figli procreandi da Scipione.

E' verissimo, che per le conjetture, tal volta si suol recedere dal *conf.* d' *Oltrad.*; ma trattandosi d' una disposizione d' un estraneo, dal qual' è stata esclusa l' agnazione, non che contemplata, oh quanto queste conjetture dovrebbero esser efficaci, stringenti, e concludenti, come nel secondo punto dimostraremo.

Quì dovrebbero terminare le nostre suppliche su questo punto, nel quale abbiam fondato, ch'il fedecommesso ordinato da Pietro Ferrari su li cennati due poderi fu mero controvenzionale in caso di alienazione, ch' estendendolo a fedecommesso assoluto, rispetto a D. Teresa, e D. Gelsomina fu condizionale, che per non essersi verificata la condizione, non han che sperare, ed estinto riputar deesi ogni vincolo, e gra-

gravame fin dalla morte di Scipione erede istituito con figli; ma acciò veggano li nostri dotti Contradittori, che più della lettera del Testamento, l'ostano tutte le legali massime, colle quali si sciolgono tutte le opposizioni in contrario, delle quali facendoci carichi, le risolviamo.

Potrebbero opporci, ch'essendo stati li figli di Scipione espressamente chiamati al godimento de'cennati due poderi, e non già post'in condizione, devono riputarsi anche gravati colla stessa condizione *si filios non procreaverint*, non solo a prò de' loro figli, e descendenti, ma a pro delle magnifiche D. Gelsomina, e D. Teresa, dal che essendosi già fatto 'l caso della morte de' figli di Scipione senz'aver procreati figli, si debba dar luogo alla chiamata di D. Gelsomina, e D. Teresa.

L'opposizione è fuori della volontà del Testatore, espressa nelle parole del Testamento, ed estranea dal nostro caso. Non si legge nel Testamento gravame imposto a' figli di Scipione, ed omessa ogni condizione puramente chiamati, onde entra la regola, *quod omissum habetur pro omisso*, poiche quello che 'l Testatore volle l' espresse, ed il gravame fu imposto solo a Scipione non procreando figli, e non già a suoi figli. Se vogliamo estendere questo gravame anche a'figli di Scipione, incontriamo tutta la resistenza della legge, che ne'fedecommessi non vuol estenzione da persona a persona, da caso a caso.

Non poniamo in disputa, che per la costituzione dell' Imp. Giustiniano nella *l.fin. Cod.de fideicom.* può presumers'il gravame, il fedecommesso, quantunque espressamente dal disponente non ordinato, qualora s'abbi la pruova della volontà del Testatore spiegata da conjetture, presunzioni, ed interpetrazione delle stesse parole del Testamento giusta il sentimento di *Papin.in l.cum proponebatur ff.de leg.2.*, ed è quello che li nostri chiamano fedecommesso tacito; ma entra per questo quella gran disputa, se le conjetture, le presunzioni non siano sì certe, che equivagliono alla pruova, che nasce dall' espresse parole del disponente, ma sol sian nel carattere di conjetture, e di presunzioni; in maniera che rendano dubia la volontà del disponente, se nel dubio debba giudicarsi per la libertà, o pe 'l gravame; E sebbene questa si decida dall'altro articolo tra' Dottori dibattutissimo, com'è quello, se li fedecommessi siano favorevoli, o più tost' odiosi, se gravosi, ò pur onorevoli, poiche a questa controversia si adattano le massime, che li favori, gl' onori possonsi ampliare, li pesi, gl'odj devonsi restringere. Sono per questo articolo tra di loro sì opposte le oppinioni de'nostri DD., che sarebbe troppo tirar alla lunga questa scrittura, se volessimo chiamarlo ad esame; l'oppinione però ch'è stata da tutti li Senati abbracciata in questo articolo, e si è riputata più equa, è quella di caminarsi per la via di mezzo, che se li fedecommessi siano agnatizj, e riguardano il lustro, il decoro delle famiglie, che colla conservazione de'beni si mantiene, abbi luogo l'oppinione di riputarsi li fedecommessi favorevoli, senza poi tal ri-

spet-

ſpetto debban giudicarſi odioſi, e gravoſi, e come tali per ogni menoma dubbiezza, che metti in ambiguità la volontà del Diſponente non può, ne deve ammetters'il gravame, e per la libertà deve giudicarſi, ſenza poterſi fare menoma eſtenzione da perſona a perſona, da caſo a caſo.

Nel noſtro fatto egl'è certo, che ſiam lontani da fedecommeſſi agnatizj, da contemplazion di famiglia, trà perchè ſi tratta d' una diſpoſizion d'un tranſverſale, trà perchè ſi veggono invitate le femine, e poſpoſti li maſchi della medeſima famiglia: onde ſiam nel caſo de' fedecommeſſi odioſi, nelli quali non milita la pruova tacita, e non può affatto eſtenderſi il gravame da caſo a caſo, e da perſona, a perſona.

Queſte ſono maſſime indubitate; ma per non procedere colle ſole generali regole veniamo al particolare. Vogliamo concedere, che li figli di Scipione furono diſpoſitivamente chiamati al godimento delli due poderi, e non già poſt' in condizione da quelle parole del teſtamento *che vadano da Erede ad Erede, e ſucceſſori in perpetuum*, intendendo per queſti li figli da Scipione procreandi in coſtanza di matrimonio, e' poſt' in condizione ſol tanto ad eſcludere D. Tereſa, e D. Gelſomina; ma che perciò? forſe perche diſpoſitivamente chiamati debbanſi riputar gravati *eodem onere*, che fu gravato l' erede a lor benefizio? oh che non vale l'argomento, è chiamato dunqu'è gravato, quantunque vagli per l'oppoſto, è gravato dunque è chiamato per il Teſto *in l. ab eo C. de fideicomm.* poichè dalla vocazione attiva, non s' inferiſce alla paſſiva, e dall' onore della chiamata, non v'è illazione all' impoſizion del gravame, ma ſolo alla potenza di poterlo gravare: chiamolli, potea gravarli per'l Teſto della *l. 1. §. ſciendum ff. de leg. 3.*; ma non ſiegue per conſeguenza, dunque gravolli. poiche dipende queſto dalla libera volontà, e diſpoſizion del Teſtatore, coſsì ſcrivono *Soccin. Jun. conſ. 57. num. 5. vol. 4.*, *Cravet. conſ. 98. num. 14.*, *Odd. conſ. 26. n. 14.*

Sù queſte ragioni ſtà fondata la regola, che ſebben li figli ſiano diſpoſitivamente chiamati, o per eſpreſſa volontà del diſponente, o per la tacita dipendente dalle conjetture, o per diſpoſizione di qualche particolar ſtatuto, non devonſi riputar gravati, e v' è per queſta regola il rotondo Teſto nella *l. filius famil. 114. §. cum erit de leg. 1.* ivi: *Cum erit rogatus, ſi ſine liberis deceſſerit per fide icommiſſum reſtituere conditio defeciſſe videbitur, ſi Patri ſupervixerint liberi, nec quaeritur an haeredes extiterint*; è queſta una Teorica coſsì certa, che Vincenzo Fuſar. *de ſubſtit. quaeſt. 441.* ebbe a dire, eſſer temerità dalla medeſima recedere, coſsì pure inſegna *Mantic. de conject. lib. 7. Peregr. de fideicom. artic. 12. num. 70.* il Conſiglier Giuſeppe di Roſa *conſult. 42. num. 28. Theſaur.* nella *dec. 96. num. 32., 33.*, *il Card. de Luca* in molti ſuoi diſcorſi *de fideicom.* e principalmente nel *diſcorſ. 82. ed 83.*, di modo che, non perche li figli di Scipione furono eſpreſſamente chiamati al godimento delli due poderi, ſi riputan gravati *eadem conditione* a pro delle ſoſtitute.

Quando

Quando voleſſimo concedere, che li figli di Scipione, perche chiamati, ſi ſentono anche gravati, contro la regola legale, pur' il gravame ſi ſentirebbe a prò de' loro deſcendenti, e non già a prò delle ſoſtitute. Or quanti articoli dovrebbero deciderſi a forza de' limitazioni contro le ferme maſſime per far un ſalto dalla linea di Scipione alle ſoſtitute. Colla ſemplice diſpoſitiva chiamata de figli, ſi dovrebbero in primo luogo tra eſſi loro reciprocamente ſentir ſoſtituti, e gravati a beneficio de' loro deſcendenti, queſti ſoſtituiti, non ſolo a loro aſcendenti, ma alli tranſverſali, ed indi per ſaldar alle ſoſtiture, indiſpenſabilmente dovrebbero concorrere li requiſiti dalla *l. Titia Scio §. Seja Libertis de legat. 2.* Per tutti queſti articoli le regole generali ſono negative.

Ricevono limitazione, o perche eſpreſſamente dal Teſtatore ſia ſtato altrimente ordinato, o perche vi ſiano conjetture tali, che faccino conoſcere la mente del diſponente eſſere ſtata di ſtabilire un fedecommeſſo non ſolo deſcenſivo, ma reciproco tra deſcendenti della medeſima linea, ed anche reciproco tra linea, e linea. Il Cardinal de Luca nel *diſcorſ. 82. num. 5., 6.* ſcrive: *Tertius caſus eſt, ubi poſita dicta filiorum vocatione activa, quæſtio ſit de vocatione paſſiva, quia nempè ipſi filii in conditione poſiti cenſeantur, nedum vocati, ſed etiam gravati ad favorem ſuorum, & ſic ſucceſſivè de uno in alium in eadem deſcendentia.*

*Et quartus demum ad rem, eſt caſus, in quo poſita etiam dicta paſſiva, & ſucceſſiva vocatione in eadem deſcendentia, intret quæſtio ulterioris durationis illarum ſubſtitutionum, quæ concepta ſunt ſub dicta conditione, ſi ſine filiis; Et in his duobus caſibus, pariter recepta eſt pro regula opinio negativa, ut ex vocatione activa non inferatur ad paſſivam, neque vocati cenſeantur gravati, niſi alias conjecturæ limitationem ſuadent, ut tam de regula, quam de limitatione, cæteris relatis, habetur apud Merlinum deciſ. 269. num. 3. Ottboben. deciſ. 113. num. 9. Rota deciſ. 181., 319., & 436. part. 1. rec. dec. 18. part. 8. quæ eſt Romana fideicommiſſi de maximis, in qua plures aliæ in idem prodierunt deciſiones coram Bevilaqua, & Cerro, ut infra in eadem cauſa diſcurſ. 84.*

Dunque per regole certe, li figli di Scipione ſebene l'abbiamo per diſpoſitivamente chiamati, non ſi ſentono gravati. Poſſono queſte regole ricevere limitazione dalle conghietture; Vediamo quali ſiano, queſte conjetture ſi efficaci, che contro le maſſime s' abbino a preſumer gravati, ed eccoci al ſecondo punto.

PUN-

# PUNTO SECONDO.

*Nel quale si dimostra, che nella disposizione particolare di Pietro Ferrari della Casa palaziata, e tenimento d' olive, non vi siano affatto conjetture, per recedersi dal consiglio XXI. di Oltrado, e riputarsi il gravame repetito ne' figli di Scipione Ferrari a pro di D. Teresa, e D. Gelsomina.*

PER quella disposizione, per la quale, le parole sono scevere d' ogni ambiguità, non possiamo appartarci dal vero significato delle medesime, che se rozze siano, rozzamente devono interpetrarsi, e la ragion si è, perche le parole sono foriere de' nostri cuori, e dimostran qual sia la nostra volontà, dal che inutilmente della volontà del Disponente si disputa: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio* (sono parole del Giureconsulto Paolo *in l. Ille aut ille ff. de legat.* 3.) Ne convien recedere nell' ultime volontà dal significato delle parole, e profetizando con conjetture, argomenti, e presunzioni divinar qual fosse la volontà del Testatore, atteso possono esser sì fallaci le conjetture, che possiamo renderci, o più avari, e più liberali del Disponente, come c' avvertisce Antonio Fab. nel *lib. 6. tit. 22. defens* 4. del suo Codice, ivi: *Sed quia defunctorum voluntates quandocumque favorabiles ita adjuvandæ sunt per interpretationem, ut tamen nunquam suppleantur, ne Testatoris rem tractantes ipso liberaliores videamur.*

Quando le parole ricevono interpetrazione, si ricorre alle conjetture, per intagare, qual sia stata del Disponente la vera volontà; ma devono essere conjetture, evidenti, necessarie, e che si ricavino dall' istesse parole della disposizione, e per mezzo delle medesime evidentemente resti dimostrato qual sia stata la volontà del Defonto, come fu definito dagl' Imperadori Severo, ed Antonino nella *l. 1. Cod. de cond. insert.* ivi: *Nisi alia Defuncti voluntas evidenter probetur*. Se questa teorica corre per tutte l' ultima volontà: oh quanto maggiormente regge, quando si tratta de' fedecommessi non agnatizj, e perciò odiosi; quando si tratti d' un fedecommesso condizionale sottoposto a volontarie condizioni, nel quale non milita la ragion della verisimil mente del Testatore giusta la Teorica di Bartolo *in l. Gallus* §. *& quid si tantum & l. Mevius ff. de cond., & demonstr.*, e come largamente fonda *Fusar. quæst.* 31. *Casanat. consil.* 1. *num.* 37. *e* 38. *Altograd. controvers.* 55. *num.* 87.

Le parole della particolar disposizione di Pietro Ferrari per li due poderi non ammettono dubiezza alcuna, sono s'espresse, che non meritano glossa, particolarmente per la chiamata di D. Gelsomina, e D. Teresa, quale, come abbiam fondato nel primo punto, svanì nel dì della nascita de' figli di Scipione, molto più nella di costui morte colli medesimi figli, li quali quantunque chiamati al godimen-

dimento delli due controvertiti poderi, non si veggono poi affatto gravati.

Vediamo però per quali conjetture vogliono le magnifiche D. Teresa, e D. Gelsomina, che li figli di Scipione debban presumersi pur anche gravati, morendo senza figli, a lor benefizio, tuttoche dal Disponente niente per questo caso si fosse ordinato, anzi che chiamate ugualmente le femine di Scipione in mancanza de'maschi per termini di successione. Prima di venir all' esamina di queste conjetture, è ben ricordar di nuovo alli Signori del S.C., che parliamo della disposizion d' un transversale, senza veruna contemplazion di agnazione, anzi esclusiva dell' agnazione, poiche si veggono invitate le figlie femine di Scipione ugualmente, ed in mancanza di queste le sorelle medesime in esclusione de'figli maschi di Giacomo altro fratello premorto, nepoti in ugual grado, e della stessa famiglia del Disponente, e con particulari legati gratificati nel medesimo testamento. Serve questo, così perche la maggior parte di quei Dottori, li quali han intrapreso a far durevole un fedecommesso, e da conjetture repetito il gravame, han parlato de' fedecommessi degli Ascendenti durevoli nella propria descendenza, come perche quando non si tratti de'fedecommessi agnatizj per la conservazione della famiglia, che conservasi col mantenimento de' beni, tutte l'altre conjetture si trascurano, per non indurre un gravame cotanto dalle leggi odiato, come in più suol discorsi fondatamente, al suo solito, scrive il Card. de Luca *de fideicom.*, quale saviamente dice, che la regolatrice dell' altre conjetture è quella della contemplazione della famiglia, qual'esclusa, non si curano l'altre conjetture, se non siano molte, ed urgenti, come trà gl' altri discorsi può leggersi nel *discorf.* 83. al *n.*9. ivi: *Magna siquidem, ac præpotens ista conjectura contemplatæ agnationis, qua concurrente aliæ conjecturæ, quamvis debiles habentur in magna consideratione, & è converso, ea cessante, reliquæ, nisi magnus earum numerus urgeat negligi solent, & sic est aliarum regulatrix, ut patet ex toto hoc Titulo*; E particolarmente quanto devono essere più urgenti, ed in maggior numero le conjetture, quando si tratti della disposizione d' un transversale, e si vogli continuato il gravame non solo nella discendenza del primo prediletto instituto, ma che passi ad altro genere meno diletto, come sono li sostituti, lo stesso Card. nel *discorf.* 83. *num.* 6. scrive così: *In præcedenti enim, in quo agitur de continuatione in eadem descendentia, seu eodem genere prædilecto facilius talis vocatio admitenda est: quoniam eadem urget ratio dilectionis erga primos filios nascituros in conditione positos, ac erga secundos, & tertios, secus autem ubi agitur de dicto quarto casu, in quo agatur de faciendo transitum ab uno genere personarum prædilecto in alterum minùs dilectum ita inducendo novum substitutionis gradum seu ordinem quoniam tunc magis resistunt regulæ ideoque longè majores debent esse conjecturæ*, Colla scorta di queste sode regole passiamo ad esaminare le conjetture.

La

La prima conjettura per un durevole fedecommesso l' appoggiano alle parole *ed ogni tempo*, che sussieguono, come cennassimo, a quelle: *Et quod absit, che detto Scipione non procreasse figli nè maschi, nè femine, in tal caso, ed ogni tempo ordino, e voglio, che li sudetti beni sottoposti a detto fedecommesso vadano, e debbano andare alle Sorelle di detto Scipione D. Gelsomina, e D. Teresa*, che se non se sentisse repetiti il gravame starebbero odiose, e superflue. Nel primo punto dimostrassimo, che senza fare star oziose queste parole, ben produceano il di loro effetto, cossì a prò dell' erede istituito, come a prò delle sostitute, ma sempre nel caso, che Scipione non avesse procreati figli o al più, che procreati fossero a lui premorti, poiche sebbene per queste parole si potesse dire indeterminata la chiamata delle magnif. D. Teresa, e D. Gelsomina, devono però accomodarsi al caso, ed alla condizione dal Testatore ordinata, come ne' proprj termini ci avvertisce Lelio Altogrado nel *consf.* 60. *num.* 37. ivi: *Sed verè hac verba nihil officiunt, quia licet videantur indeterminatè posita respectu temporis ad favorem substitutorum, nihilominus non sunt accipienda indeterminatè respectu casuum, & conditionum, & in hoc diligenter est animadvertendum*. Basta qnesto aggiunto a quel che detto abbiamo nel pri. punto rispetto a questa conjettura, che se dovesse stimarsi superflua la parola ed ogni tempo, più da nostri Dottori si tolera, che la repetizione del gravame.

La seconda la vogliono dedurre dalla proibizione di alienare, che vanamente si vuole concepita con separata, e distinta orazione, dopo aver' ordinato un fedecommesso assoluto, e perpetuo, per tirar poi a lor bell' aggio le conseguenze, che essendo con separata orazione, proibita ogni alienazione de' beni al fedecommesso sottoposti, con esser la proibizione diretta alli stessi poderi, sia questa una delle potentissime conjetture a far presumere un perpetuo fedecommesso, ed indurre repetizion di gravame, reciproca sostituzione trà descendenti della medesima linea, e tra le sostitute d' altra linea.

Nel primo punto dissimo, ch' al divieto ordinato da Pietro Ferrari per li due cennati poderi, riduceasi 'l fedecommesso istituito dal medesimo, dal che mero controvenzionale dovea riputarsi, e controvenzionale sol tanto a prò de' figli procreandi da Scipione, e non procreando figli a prò di D. Gelsomina, e D. Teresa; Ma questa volta vogliamo esser cortesi col dotto Oppositore degnissimo Avvocado di D. Gelsomina, più di quello potrebb' egli stesso credere. Sia pur il divieto ordinato da Pietro Ferrari un divieto foriero, congionto, o pedissequo ad un ordinato fedecommesso, reale, perche diretto alli due poderi, vestito da prole denotantino tratto successivo, e perpetuità, ma sempre però condizionato per le magnifiche D. Gelsomina, e D. Teresa: Adunque da questa premessa esorbitantemente concedutali ne potrà dedurre la durata del fedecommesso, l' estenzione da person' a persona, da caso a caso, non che dissimile, ma totalmente opposto? mai no.

La

La proibizion d'alienare sia reale, precedi con orazion distinta, accompagni nella medesima orazione, sussiegua in altra orazione la sostituzione, sia ingionta con parole denotantino tratto successivo, sempre ne'termini del fedecommesso costituito restringesi, ne può alterare affatto 'l fedecommesso, estenderlo da caso a caso, e da persona a persona, ancorche riguard'il favor della famiglia, cossi per comun sentimento de Dottori antichi, e moderni, per esempio di cose giudicate, attesta il Reggente Galeota nella *controverſ. 26. lib. 6. nu. 45*, colle seguenti parole: *Nec obſtat modo, quod ex prohibitione alienationis in verſ. Item dopò fatte, ex verbis illis univerſalibus, videatur ampliata ſubſtitutio omni caſu, & omni tempore, ponderando Inſtitutum, & ſubſtitutos fuiſſe prohibitos alienare cum clauſula in fine adjecta, Ita che detta eredità ſia inalienabile. Siquidem veriſſima, & ferè indubitata eſt concluſio ab omnibus plane in longè fortioribus caſibus recepta, & admiſſa, ut prohibitio alienandi, ſive conſecutiva ad ſubſtitutionem praecedentem, ſive praecedat ipſam ſubſtitutionem, ex hoc nullo modo ampliari, nec extendi ultra limites, caſus, & perſonas in ipſa ſubſtituendi, ſive fideicommittendi formola conſideratas, & ſic prohibitionem ipſam de non alienando regulari, reſtringi, & coarctari ab ipſa ſubſtitutione, non è contra; etiam ſi addita ſit ratio, quia Teſtator velit conſervare bona in familia, & etiam in prohibitione quantumcunque reali, quia ſit directa a i bona, non ad perſonas, & non obſtantibus dictionibus ſemper in perpetuum, & in infinitum DD. omnes ab antiquiſſimis ad noviſſimos, concordi ore teſtantur judicatum in omnibus Rotis, Conciliis, Senatibus, & Parlamentis.*

In conferma di sì auttorevole auttorità potressimo aggiugner quella d'infiniti altri Autori; ma per non esser di molta noja a' Signori del S. C. ci aggiugniam sol quella del Reggente Capecelatro nella *conſult.* 37. del Presidente *Merlin.* nella *controverſ.* 72. del *P. Afflitto* nella *controverſ.* 32 di *Rodoer.* al *de Marin. reſol.* 131. d'*Odiern.* nella *controverſ.* 32.; e d'infiniti altri da questi citati. Fondasi questa Teorica nell'espresso Testo del §. *nos igitur Auth. de reſtitut. fideicom.* ove dall'Imperador Giustiniano cossì si vede deffinito ecco le sue parole: *Unde ſubtilius teſtamentum conſiderantes verbis ipſius invenimus, haeredibus demonſtratis filiis alienationem interdictam, quando futuri eſſent ſine liberis fungi vitam, non ulterius vero iis, qui ſolum eis ſucceſſerint filiis, ſed ſufficere defunctorum uſque ad filium ſtare interdictionem: Si enim & ipſi filios relinquentes moriantur, quod eſt relictum neque in longiorem filiorum vita alienationis prohibitionem voluiſſe facere &c.*, lo stesso fu determinato nella *l.* 39. e 93. *ff. de eond. & demonſt.* E la ragione che da nostri Autori si addita è sempre quella, che ne'fedecommessi è proibita espressamente l'estinzione da person'a persona, per il Testo nella *l. ſi ita ſtipulatus* §. *Chryſogonus ff. de verborum obligat.*; e se qualche volta è permessa l'estenzione per la quantità, e veghemenza delle conjetture, è solo da caso a caso simile, unquemai dissimile, o contrario per il Testo della *l. Gallus* §. *quid ſi tantum ff. de liber.*, & *Poſtbum.*

E tutti quei Dottori li quali la proibizione d'alienare han riputata per

una

una delle valevoli conghietture han parlato di fedecommessi agnatizj, *ut bona in familia conserventur*, seguendo la determinazione del Gran Papiniano *in l. Peto* 71. *§. Fratre ff. de legat. & filei-com.* 2.

Nè osti il dire, che trattasi d'una cosa particolare, per la quale si dee presumere particolar'affezzion del Testatore; mentre, sebben sia vero, che tra'l cumolo di tante conjetture, si annoveri da Dottori anche questa, è stata però sempre riputata una conjettura debolissima, e di verun momento, e solo se n'è qualche ragion tenuta, quando si è trattato di qualche Torre, o nobil'edifizio, o altro podere insigne, valevole a conservare l'onor, e 'l lustro di nobil' e ben distinta famiglia, e di cos'antica dell'istessa famiglia: in maniera che sempre si è avuta mira alla conservazione dell'agnazione, e perciò unquemai s'è avuta in considerazione la proibizione d'alienare anche di cosa particulare se non sia stata vestita dalla ragione *ut conservetur in familia* così lasciò scritto *Gratian. tom.* 2 *cap.* 280. *num.* 18. seguitato da Gio:Battista Odierna *contr.* 32. *num.* 49. ivi: *quod ad hoc ut vestiatur prohibitio, ratio debet esse expressa a Testatore, & non tacita etiam ubi prohiberetur alienatio Turris, Castri, vel pulchri Palatii suorum majorum, quo casu licet præsumatur causa splendoris familiæ, vel refugii suorum agnatorum, tamen ut dicit idem Bart. nu.* 22. *hoc intelligi debet, si Testator mandaverit, quod talis res remaneat in familia pro ejus opinione allegans Tiraquell. in præfat. de retract. li-gnag. num.* 8.

La terza conghiettura lo vogliono dedurre dall'aver Pietro Ferrari ordinati più gradi di sostituzioni per questi due poderi: Questo però s'assume per risvegliar tanti articoli in una causa pur troppo chiara, poiche non si leggono affatto queste ripetite sostituzioni nella disposizione di Pietro Ferrari: si leggon solo sostituti a Scipione erede instituito li suoi figli procreandi in costanza di matrimonio, ma a questi non si vede dato altro sostituto: la chiamata poi delle magnif. Attrici è condizionata non procreando figli Scipione, dal che ancorche a Gelsomina e Teresa si fossero altri sostituiti, ed a questi successivamente altri, non perciò puol dirsi essernosi ordinati più gradi di sostituzioni, rispetto al primo instituto, mentre dipendean dalla verificazione della condizione, che non verificandosi, siccome non avea luogo la chiamata di D. Teresa, e D. Gelsomina, così cessavan tutti l'altri gradi ci sostituzione sottoposti sotto la prima condizione.

In oltre questa conghiettura s'è riputata da nostri Dottori debolissima anche per la chiamata attiva, non che per la passiva, ch'è piu dura, ed atrosa, quando non sia accompagnata da altre valevoli, ed efficaci conjetture, quando non si tratti d'un fedecommesso agnatizio, e quando non risguardi li discendenti del primo instituto; e si tratti d'un fedecommesso ordinato, senza veruna mira alla famiglia, da un transversale, e si vuole estendere alle sostitute condizionatamente chiamate. In questi casi questa conjettura non si cura, siccome poco conto ne fè il Gran Papiniano nel Testo della *l. hæredes mei §. cum ita ff. ad Trebell.* e verun conto ne fè il nostro S. C. nella causa,

per

per la quale scrisse Fabio d'Anna nel *cons.* 5. di quelli di Mormile, tuttoche trattavasi della disposizione d'un Ascendente, e della vocazione attiva, ed a due Ruote fu deciso il contrario, come attesta *Odiern.* nella *contr.* 10. *n.* 6., ed 8.

A queste si riducono le conjetture, che dallo stesso Testamento ha potuto il dotto Contradittore a forza del suo ingegno dedurre, per la repetizione del gravame. Argomenta di piu, che dalla verisimil volontà del Disponente, si debba uo fedecommesso perpetuo presumere, polche, se qual altro Lazaro, per Divina Onnipotenza, tratto dal Sepolcro Pietro Ferrari, venisse interrogato, certamente risponderebbe a prò di D.Gelsomina, e D.Teresa, in esclusion d'una e tranea, com' è D. Eleonora Orlolo. E finalmente, ch' avendo Pietro Ferrari per questi due poderi gravato Scipione più a lui prossimo, e diletto, si deveno presumer gravati li figli di Scipione più rimoti, e meno diletti. Questi però sono argomenti falsissimi come scrisse il citato *Odiern.* nella *controv.* X. e 32., e sebben han meritato l'applauso di taluni Autori sulla verisimil mente del Disponente, convien avvertire, che di questa presunzione si sono avvaluti, quando si è trattato di conservarsi li beni nella famiglia d' un fedecommesso ordinato da un Ascendente a prò de Discendenti, e pure s' a questo argomento siasi ristretto l'articolo per la durata del fedecommesso, non si rattrova essempio favorevole di cosa giudicata.

Or son queste conjetture da far recedere dalle massime sode, e generali in un fedecommesso odioso, esclusivo dell' agnazione ordinato da un Transversale? Mai nò: Le regole generali, come nel primo punto cennassimo, sono, che li figli seben chiamati non si riputan gravati. Gravati si presumon gravati a prò de' loro descendenti, e non reciprocamente tra essi loro, e questo ancorche siasi ordinato un fedecommesso per i figli, ed a questi sostituiti i loro figli, e descendenti con parole dettantino perpetuità, e sia contemplata l'agnazione come fonda il Reg. *de Marinis* nel *tom.* 2. delle sue *resolut. cap.* 89. e così riferisce essersi dalla G. C. e dal S. C., deciso nella causa di Majo; molto meno a prò dell'estraneo sostituto, il quale unquemai si riputa chiamato, se non concorrono li tre requisiti della *L. Titia Sejo §. Seja libertis de legat.* 2., cioè che li chiamati sian non solamente gravati, ma reciprocamente tra essi loro sostituiti; che l'estraneo sia sostituto all'ultimo de' figli chiamati, e che si tratti di tutta l'eredità. Le sopracennate lontane conjetture non sono, ne possono esser di tanta efficacia, e valore, ch'in faccia alle legali massime in contrario, possino far presumere li figli di Scipione gravati, reciprocamente tra essi loro sostituti, ed all' ultimo d' essi, non procreando figli, sostitute le sorelle di Ferrari, e così recedersi dal *cons.* d' *Ostrad*, dal quale come puol recedersi nel nostro caso, quando nel caso, nel quale istituiti li figli, e morendo senza maschi eran sostituiti li più prossimi della famiglia, e così sempre da grado in grado, acciò li beni unquemai uscissero dalla parentela di Gambazocchis, e morti li figli con figli maschi, s'istimò da *Aless.* estinto il fedecommesso nel *cons.* 139. *vol.* 6. *num.* 3. seguitato da *Rub. in l. Gallus ff.*

de

*de libr.* & *Posthum.* da *Petr. de fideicom. quaest. 6. num. 7. & 33.* da *Decian. cons. 4. num. 33. vol. 2.*; nel caso, ch' il Padre istituito un figlio, a cui morendo senza figli maschi sostituì li più prossimi della famiglia, perche volea, che li beni restassero nella sua agnazione, e pure morto il figlio con figli, esser'estinto 'l fedecommesso volle *Alciat. in l. Pater filium* §. *si fundum num. 8. de legat. 3.* seguitato da *Menoch.* nel *cons. 376. num. 63.*, e nel *cons. 393. num. 45.*, nel caso, nel quale istituiti da un Testatore li nipoti *ex fratre*, ed a medesimi sostituiti li più prossimi della famiglia, morendo senza figli maschi, aggiunta la ragione, acciò la di lui eredità in nessun tempo uscisse dal suo patrimonio, e ceppo, e pure morti li nepoti con figli si stimò estinto il fedecommesso da *Dec.* nel *cons. 291. num. 5.*, nel caso, ch' istituiti li figli, a colui, che morisse senza figli, l'altro sostituitoli, volendo, e commandando, che la sua eredità vada da erede in erede *usque in ultimum hereditatis*, e pure morto un de' figli con figli si riputò estinto il fedecommesso da Mantova nel *cons. 329. volum. 1.* ed in tanti altri casi a questi somiglievoli; ma perche mendicarlo d' altri, se dallo stesso Cons. d' Oltrad. si legge, che in quel caso v'eran più conghietture, per far presumere repetito il gravame, non estinta la sostituzione, che nel caso nostro? Si: siccome è ricevuto nel foro il Cons. d' Oltrado, così è ricevuta la limitazione, che si recede dal sentimento d' Oltrado, qualora vi concorrano le conghietture: queste però non devono essere quelle stesse, simili, o più deboli di quelle concorrono nel caso di Oltrad. altrimente sarebbe una evidente contradizione, dire è ricevuto 'l cons. di Oltrad. ma si limita dalle conghietture, e sian poi le conghietture quelle medesime, che concorrean' nel caso d'Oltrad., o non più di quelle urgenti, ed efficaci.

Vengono altresì le decantate conghietture debilitate dalle conghietture in contrario, che sorgono dalla espressa volontà del Disponente; i figli di Scipione si veggono chiamati, ma non reciprocamente sostituiti, ne gravati. All' incontro se si fosse dato luogo alla chiamata di D. Gelsomina, e D. Teresa, col non aver procreati figli Scipione, si veggono gravate a prò de loro eredi, e successori, e questi gravati a non potersi tampoco dividere li due controvertiti stabili. Per il legato delli docati 2000. di dote a D. Gelsomina, e D. Teresa, si leggono reciprocamente tra esse loro sostituite, ed all'ultima morendo senza figli sostituito Scipione, e li suoi Eredi. Dunque quelli che volle gravare, gravò, quelli, che volle reciprocamente sostituire sostituì, ed entra la regola *quod voluit expressit, quod non expressit noluit*.

Via più debilitate da queste le conghietture, per altro da loro stesse debolissime, per la repitizione del gravame, costituiscono almeno in dubio il preteso fedecommesso, e nel dubio trattandosi d' un fedecommesso d' un trasversale non agnatizio, chi de' nostri Auttori s' è unquemai sognato d' affermare doversi recedere dalle massime legali, e giudicare per l' esistenza del fedecommesso? Vediamo in simili, e più forti

ti casi, com' è stato giudicato dalli Senati Forastieri, come dal nostro S. C.

Dalla Sacra Ruota Romana, leggiamo, essere stato sempre deciso, che li figli post' in condizione, sebben chiamati, non si reputan gravati ancorche si sia contemplata agnazione, sian stati ordinati più gradi di sostituzioni, e con parole denotantino perpetuità, e che dal *conf.* 21. d' Oltrado non possi recedersi, particolarmente, quando si tratti della disposizione d' un transversale, se le conjetture non costituiscono una pruova evidentissima, chiara, e lucida per un durevole fedecommesso per il Testo in *l.* 1. *de condit.*, *& demonst.* lyi: *Nisi evidentissimis probationibus Testatorem voluisse apparverit*, come può leggersi nella *decis.* 486. *part.* 1. nella *decis.* 158. *p.* 5. , ed in tante, e tant'altre che si tralasciano.

Dal Senato Pedamontano fu deciso un caso al nostro simillissimo, anzi del nostro più forte, perche trattavasi della disposizione d'un Ascendente, il quale dotate quattro figlie femine, ed istituiti due suoi figli maschi soggiunse: *ordinando detto Testatore, che mancando uno di detti fratelli senza eredi del suo corpo procreati, succeda l' altro restante, e morendo tutti dui senza figliolanza legitima, il più propinquo della linea Paterna succeda, e così successivamente fino al quarto grado: evenit casus*, che uno degl' Eredi istituiti mancò con una sola figlia femina, la quale passò a vita migliore in età infantile, ed in conseguenza senza figli; Nacque la disputa trà la Madre della morta Infante, e'l Fratello patrvele dell' Infante medesima, deducendo il Patrvele, che per la disposizione del comun Avo, essendo stat' escluse le proprie figlie, molto più dovea sentirsi esclusa la Nepote, o che almeno dovea sentirsi gravata sotto l' istessa condizione *si sine filiis*, anco per la ragione della reciproca sostituzione tra gli eredi sostituiti, ed ad ambedue morendo senza figli dovesse succedere il più propinquo della linea paterna, e così successivamente fino al quarto gaado: Adduceasi la verosimile mente del Disponente, e la gran ragione, che se non sentivasi gravata la Nepote, certamente li beni del Testatore non potean pervenire fino al quarto grado per la regola del Testo *ad vem mobilem ff. de Procuratoribus*: *Quod qui vult consequens sequitur velle antecedens*, dal che credea il Patruele concorrere in questo caso, bastevoli conjetture per recedersi dalla massima, e dal *conf.* d'Oltrado: Ma dal Senato si ebbe per vero, che la Nepote non fusse nè esclusa, nè gravata, ed escluso il Patrvele fu ammessa la Madre, come può leggersi nella *decis.* 248. , presso *Antonio Tesaur.*

Presso 'l medesimo Autore nell' addizione del figlio alla *decis.* 96. si porta essersi posto in gravissima questione tra quei Eccellenti Giureconsulti un caso, nel quale 'l Testatore avea chiamato nella sua successione un nipote *ex fratre ejusque filios masculos, & illo decedente sine filiis masculis, substituit alterum fratrem Ecclesiasticum ejus vita durante, & post ejus mortem substituit T. & S. de Alvocatis, & eorum filios masculos, probibendo detractionem Trebellianica*

*ex omnibus haeredibus*, & *inhibendo bona sua non alienari extra familiam in praejudicium substitutorum caussa adjecta*, *quia voluit bona permanere integra inter filios masculos domus de Advocatis*, *de Cerreto*, & *in agnatione masculina de Advocatis ejusdem loci*. Or in questo caso, quanto erano forti le conjetture: contemplazione di agnazione: proibizion reale di alienazione *extra familiam*, *ut bona integra permanerent inter filios masculos domus*, & *agnatione masculina*: più gradi si sostituzione, anche reciproca, e pure quei Senator' stimarono esser molto difficile decidere pe'l fedecommesso, ed in fatti non si divenne a decisione.

Non è di meno peso la decisione riferita da Borgnino Cavalcano. Il nobile Tommaso della Fossa Cremonese nel suo Testamento fè suo Erede Universale Francesco suo nipote *ex fratre*, quale gravò di dar a sua sorella tremila libre, indi soggiunse facendo altro legato colle seguenti parole: *Item legavit, quod casu, quo ipse D. Franciscus decederet sine filiis masculis legitimis*, & *naturalibus*, *haereditas*, & *bona ipsius Dom. Testatoris perveniant in proximiorem affinem masculum de agnatione*, & *causata nobilium della Fossa*, & *eo decedente sine filiis masculis* (*ut supra*) *in proximiorem affinem masculum de agnatione*, & *casata praedicta usque in perpetuum pro conservatione agnationis*, & *casatae praedictae masculinae* (*exclusis feminis*) *quos singulariter*, & *debitè referendo eo in casu instituit*, *seu substituit sibi haeredes vulgariter*, & *per fideicommissum*, *omni meliori modo*, & *si dictus Franciscus haberet filiam foeminam*, *seu filias foeminas*, *quod habeant suum dotem condecentem*. Accadde il caso, che mancò l'erede istituito con aver lasciati due figli maschi, li quali ambedue morirono senza figli, l'ultimo de' quali istituì erede sua Madre: fu dubitato, se il più prossimo affine maschio dell'agnazione della Fossa in virtù del fedecommesso, e col espressa chiamata, potea vindicare li beni al fedecommesso sottoposti. Concorrean pe'l fedecommesso l'espressa sostituzione dell'affine mascolino dell'agnazione *usqu. in perpetuum* & *in infinitum* per la conservazione della medesima agnazione, e casata sostituendolo *vulgariter*, *pupillariter*, & *per fideicommissum*, & *omni meliori modo*, ed ascludendone affatto le femine, avvalendosi altresì delle parole *haereditas*, & *bona ipsius Testatoris perveniant in proximiorem affinem masculum de agnatione*. Le conjetture eran gravissime per presumere li figli dell' Erede istituito non sol chiamati, ma gravati, e pure fu ammessa la Madre in esclusion dell' affine più prossimo, come può leggersi presso il sudetto Cavalcano nella *decis. 5. p.3.*, ove rapporta un caso simile avvenuto nella Città di Cortona con un espressa regale proibizion di alienare *ut conserventur*, & *remaneant in familia*, e pur deciso in esclusion del fedecommesso: altro caso riferisce egli deciso dalla Ruota Romana trà l' Illustre famiglia di Pepoli, e di Consaga di Bononia, nel quale il Testatore dopo più gradi di sostituzioni, avea vietata l'alienazione de'beni, perche la sua volontà era stata, ed era, che li suoi beni *perpetuò remanerent in familia successivis temporibus*, e pure fu giudicato estin-

to il fedecommesso. Esamina questo Dottore questa materia *largo calamo*, rispondendo a tutte le conjetture.

Nella Ruota di Firenze non si ebbe per repetito il gravame nel seguente caso. Niccolò de Beroardis nel suo Testamento dopo aver proibita l' alienazione d' una Casa, così all' Istituti, come à sustituti, per ragion, che volea, che quella rimanesse presso gl' Istituti, e sustituti loro posteri, e descendenti, ed in caso d' alienazione, volle, che devenisse a Flammetta figlia del Testatore suoi figli maschi, e loro descendenti maschi, Istituì eredi Capparino, e Gio: Battista suoi figli, indi soggiunse: *Et si aliquis eorum decederet sine filiis legitimis, & naturalibus, & ex legitimo matrimonio, & suo corpore procreatis, substituit alium supervivientem, & ejus filios taliter procreatos ut supra. Ipsisque ambobus decedentibus absque filiis &c. ipsis & ultimo decedenti substituit Dominam Flammettam, & ejus filios masculos, & ab ea, & eis descendentes masculos secundum gradus praerogativam. Et si Capperinus, & Joan: Baptista ambo decederent cum filiis, & filii ipsorum, seu alicujus eorum decederent sine filiis &c. Ultimo decedenti ex dictis filiis Capparini, & Joan: Baptistae substituit filios supervivientes dicti Capparini, seu Joan: Baptistae. Et si dicti Capparinus, & Joan: Baptista ambo decederent cum filiis, & dicti eorum filii decederent, & quilibet eorum decederet quandocumque sine filiis, dictos filios Capparini, seu Joan. Baptistae ad invicem substituit secundum gradus praerogativam. Quibus omnibus, & singulis filiis dicti Capparini, & Joan. Baptistae taliter ut supra procreatis, & ultimo decedenti ex praedictis substituit Flammettam, & ejus filios masculos, & ab ea, & eis descendentes, ut supra ita ut effectus cum sit, quod decedentibus Capparino, & Joann. Baptista sine filiis, vel filiis ipsorum omnes sine filiis, haereditas dicti Testatoris deveniat ad dictam Flammettam, & ab ea descendentes.*

Accadde il caso, che Capparino passò all' altra vita senza figli, indi anche Gio. Battista con aver lasciate due figlie femine Smeralda, ed Elisabetta; Questa passò a miglior vita gravida, & *secto ventre* se n' estrasse un figliuolo, che sopravisse poco tempo, indi morì. Nacque la controversia tra'l Padre di questo morto Infante, e Smeralda figlia di Gio; Battista, la quale in virtù della sopracitata disposizion dell' Avo credea essere invitata all' eredità dell' Infante, che doveasi riputar sempre gravato. Credea, che stante la reciproca sostituzione non sol tra gl' istituti, ma tra li di loro figli *quandocumque sine filiis* mancassero, e tutti mancando sostituita la Flammetta, ed i di lei figli maschi, e loro descendenti, dovesse presumersi ordinato ut perpetuo fedecommesso, ed i figli dell' Istituti già chiamati *vocatione activa* dovessero sentirsi puranche gravati, tanto più che trattavasi della disposizion dell' Ascendente in esclusione d' un estraneo, ma dalla Ruota di Firenze fu deciso il contrario, e si riputò estinto il fedecommesso per un sol momento, che sopravisse l' estratto dal fetto ventre, come si riferisce da Vincenzo Ondedeo nel suo *consf.* 60.

Ma

Ma senz'andar in traccia delle giudicature de' Senati stranieri , così lo veggiamo più volte deciso in casi più forti dal nostro S. C.. e per non essere all' intutto nojosi colle deboli nostre suppliche, ne raccordiamo à Signori del S. C. sol tanto due , che sono le più adatte alla presente disputa . Una si è quella attestataci dal Reggente Rovito nel *cons.* 34. *lib.*1., l'altra dal Consiglier Giuseppe di Rosa nella *consult.*40.

Giulio di Buonvuomo nel suo Testamento fe suo Erede Bartolomeo suo Nipote *ex Fratre premortuo*, e sottopose a perpetuo fedecommesso gli ben'immobili , ed annue entradi della sua Eredità , indi soggiunse, che detto Bartolomeo Erede istituito fosse stato semplice usufruttuario sua vita durante *tantum* di detti beni , e morendo egli *absque liberis* chiamò al godimento de'beni sudetti Vittoria di Buonvuomo sua Nipote *ex alio Fratre* allora maritata con Niccolò Russo suoi Eredi , e successori , e Gennaro, Laura , ed Aluisia di Costanzo, altre Nipoti del Testatore da Silvia Buonvuomo sua sorella . Ordinò in oltre , che lasciando Bartolomeo figli , fossero li maschi preferiti col peso di dotar le femine , *& masculis non extantibus* soccedessero le femine col medesimo vincolo , e fedecommesso , e successivamente li di loro descendenti *in perpetuum & in infinitum* , ma sempre colla legge di dover'essere soltanto usufruttuarj , e nel caso , che si estinguesse la linea degl'eredi , e successori della casa di Buonvuomo , e passasse l' eredità a quei di casa Russo , e di Costanzo , e loro eredi, volle , che uno almeno di essi assumesse il cognome di Buonvuomo , e si servisse del suggello , ed insegna della sua casa , ed estinguendosi alla perfine tutta la linea di Buonvuomo, tanto descendente , quanto transversale, volle, che de'beni sudetti se n'erigesse un pio Monte perpetuo nella Città di Pozzuoli, con aver strettissimamente vietata l'alienazione de' sudetti beni , affinche rimanessero perpetuamente nella famiglia, perche volea , che si osservasse il fedecommesso, e vincolo *in perpetuum*. Accadde il caso , che Bartolomeo erede istituito lasciò tre figli Langellotto , Giacobe, e Giulio juniore , de quali , Giacobe fu casato con Teresa Fornaro, colla quale procreò più figli, li quali però nel contagio dell'anno 1656. in pupillar'età con Giulio , e Langellotto loro Zij morirono senz'aver lasciati figli , o altri descendeti . Nacque la disputa per questi particolari beni tra Teresa Fornaro Madre delli estinti Pupilli con Gennaro, e Marc'Antonio Russo figli di Vittoria di Buonvuomo chiamata dal Testatore non sol essa , ma li suoi Eredi , e successori , e tutto che costoro in virtù del fedecommesso ordinato da Giulio Seniore aveano ottenuta dalla Corte di Pozzuoli l'immissione sopra tre Territorj , introdottasi la causa nel S. C. da Teresa Fornaro erede dichiarata de'figli Pupilli, per l'immissione , ed estinzione del fedecommesso , fu dal S. C. deciso a prò della madre per l' estinzione del fedecommesso ; tuttoche per l' esistenza per Gennaro , e Marc' Antonio Russo si fosse impegnato il Consiglier Gioseppe di Rosa , sostenendo , che non sol per l'espressa volontà del Disponente , ma per l'evidentissime conjetture vedeasi stabilito un perpetuo agnatizio fedecommesso non sol tra descendenti , ma da linea a linea , *ut bona conserverentur in familia* , dal che doveasi recedere dal-

dalla massima, e dal *cons.* 21. di *Oltrad.*, e presumersi sempre repetito 'l fedecommesso, *& in perpetuum*, come dal Testatore veniva ordinato. *Fuit decisum contra allegata* com' egli stesso attesta.

Non di minor riflessione è la decisione a due Ruote riferitaci pe 'l seguente caso dal Reggente Rovito nel *cons.* 34. *tom.* 1. Paulo di Priolo istituì eredi quattro figli maschi, quali sostituì reciprocamente *& ad invicem quandocumque sine filiis decessissent*, e se tutti morissero senza figli li sostituì li più prossim' in grado della linea mascolina della casa, e famiglia di Prioli, acciò l'eredità passasse *in perpetuum* a più prossimi della linea mascolina di detta casa. Fu l'eredità adita, indi se ne passò all'altra vita uno degli eredi istituiti, con aver istituito suo erede un suo figliuolo, a cui pupillarmente *& quandocumque* fu sostituita la pia Congregazione de'Chierici Regolari, alla quale essendosi fatto luogo per la morte di detto Pupillo, nacque la disputa, per una massaria rimasta nella di lui eredità, tra Vittoria de Prioli la più prossima della famiglia di Paolo fedecommittente, che credea esser espressamente chiamata al fedecommesso ordinato da Paolo de Prigoli, e credea, che la volontà del Disponente fosse espressa per quelle parole. *Ita & aliter quod dicta hereditas transeat in perpetuum propinquioribus de linea masculina dictae domus*. Le conjetture eran gravissime perche si trattava della disposizion d'un Ascendente, dal qual'erasi contemplata l'agnazione, e che *in perpetuum* li beni passassero all'agnati, li figli tra di loro reciprocamente sostituti colla qualità mascolina, v'era il progresso a più gradi di sostituzioni, e considerata l'estinzion della linea, in maniera che sembrava chiara la volontà del Disponente, d'essersi stabilito un'assoluto, e perpetuo fedecommesso, e di doversi aver per repetito il gravame non solo ne'figli posti in condizione, ma per tutti coloro, che avrebbero composta la linea, e pure il S. C. giudicò per l'estinzion del fedecommesso, e che non si dovea recedere dai *cons.* 21. di *Oltrad.*, e presumere repetito il vincolo del fedecommesso, e fu decisa la causa a pro della Congregazione de'Chierici Regolari *nemine refragante* de'Consiglieri delle due Ruote, come attesta il Reggente Rovito nel citato *cons.* 34. *fuit judicatum in favorem Regularium junctis Consiliariis duarum aularum nemine, ut fertur, refragante*.

Come nel prospetto delle sode massime legali canonizate da tante giudicature può adesso rivocars'in controversia nel caso nostro, ove sempre ci conviene ripetere, siam lontani da contemplazion d'agnazione, da reciproca sostituzione, chiamate le femine con ordine di successione senza verun peso, invitate D.Gelsomina, e D.Teresa, ed a Scipione sostituite condizionatamente, non procreando Scipione figli? eh ch'è vanità il pretenderlo.

Non s'adattano al caso nostro le decisioni, che dal dotto Avvocado di D. Gelsomina si sono allegat' a suò prò.

Nella *dec.* 108. di *Capyc.* si trattò, che Francesco Marramaldo Padre di Giacomo Antonio, ed Antonio, prelegò ad Antonio le case dove egli abitava *cum hac conditione* che durante la sua vita non potesse alienarle, vendere obbligarle, dividerle, ne trasferirle *in extraneum*,

e mo-

e morendo senz'eredi mascolini *ex suo corpore descendenti*, che le sudette case fussero di Giacomo-Antonio, ritrovandosi vivente, o del suo figlio primogenito indi soggiunse *ita quod dictæ Domus non exeant de domo de Marramalis*. La disputa nacque, perche Gio: Battista figlio d'Antonio volea vendere ad estranei le cennate case: credea estinto ogni vincolo per aver Antonio lasciati figli: li fu contrastata la vendita da Francesco primogenito di Giacomo. Dal S. C. fu deciso che non poteansi le case alienare, perche tuttavia durava il fedecommesso: ma per qual ragione? non per altro, che per la clausola *ita quod dictæ Domus non exeant de domo de Marramalis* come referisce lo stesso *Capyc*. *Fuit votatum per omnes, quod dictum fideicommissum adhuc duret, ut Jo: Baptista non posit alienare, per clausolam illam: ita quod dictæ domus &c.*

Questa decisione è contraria alle magnifiche D. Teresa, e D. Gelsomina, perche se non vi fosse stata quella clausola, su la quale s'appoggiò la decisione, sebben trattavasi della disposizione d'un Avo, dal quale era stata contemplata l'agnazione per aver posti in condizione i maschi soltanto d'Antonio, ed in mancanza di questi il primogenito di Giacomo Antonio; pure, per aver Antonio lasciati maschi si sarebbe riputato estinto ogni vingolo. E chi non vede che questa decisiò ne favorisce la nostra caosa?

Tampoco fa per il nostro caso, quello scrisse il Reggente *Rovit* nel *cons.* 80. per la caosa di Galiano, per la quale, dal dotto Contradittore *gratis* s' asserisce essersi decisa per l' esistenza del fedecommesso, quando il Reggente *Rovit.* nel *cons.* 81. attesta, che riferitasi la caosa dal Consiglier de Ponte, dal S. C. fu ordinato, che le parti la comprometessero; Ma se si fosse determinata, dovea certamente giudicarsi per il fedecommesso, non già a forza di conghietture, ma per l'espressa volontà della Testatrice, come si legge dal fatto, che si posta trascritto dal Reggente de Rosa nella sua prattica nel *cit. cap. 4. num.* 206. e fu: Galiano de Galiano avendo tre Fratelli Gio: Tomaso, Gio: Lonardo, e Paduano, tutti e tre istituì eredi, volle però, che una massaria detta Paduano si dasse a colui, a cui più avesse favorito la sorte; e comandò; che mancando poi quello, a cui era toccata per sorte senza prole legitima, fusse dell'altro fratello, o dell' altro maschio, perche volea, che sempre fosse d'un maschio della famiglia Galiano, se ci fusse, e non essendoci maschio, chiamò le femine descendenti da Paduano altro fratello. Toccò la massaria in sorte a Gio:Tomaso, ed essendo costui morto senza prole legitima, in virtù dell'espressa chiamata toccò a Gio:Lonardo, il quale restò Annibale suo figlio; nella morte di costui, senza figli maschi, nacque la disputa tra una femina discendente da Paduano chiamata Galiana espressamente dalla Testatrice chiamata; e la figlia d'Annibale: questa veniva certament' esclusa, perche la volontà del Disponente era espressa, che perveneodo la massaria all'altro fratello vi succedesse il figlio maschio, perche volea, che fusse stato sempre d'un maschio ed in mancanza del maschio, espressamente chiamò le femine di Paduano.

Se

Se ſi fuſſe fatto il caso : che Gio: Tomaso fuſſe morto con prole legitima , allora potea entrare la disputa , e certamente ſi ſarebbe decisa per l'esclusione del fedecommeſſo . Quindi queſta deciſione non è applicabile al caso noſtro .

La somma della caosa è queſta . Il fedecommeſſo da Pietro Ferrari per i due poderi fu mero controvenzionale , che non esclude la ſucceſſione inteſtata , della quale ſi tratta . Qualora poteſſe eſtenderſi a fedecommeſſo aſſoluto , fu per i figli di Scipione , e condizionato per le magnifiche Attrici , per le quali non eſſendoſi purificata la condizione non anno veruna azzione . Sono terminate le noſtre ſuppliche per D. Eleonora Oriolo ; Conoſciamo bene , che in una caoſa pur troppo chiara a prò della noſtra Cliente ci ſiamo troppo dilungati ; Ma eſſendoſi tanti articoli riſvegliati , ci è convenuto eſaminarli , anche ripetendo le ſteſſe coſe per non appartarci dal buon aviſo di Plinio , che nella lettera 20. ſcriſſe : *Sæpè mihi diſputatio eſt cum quodam docto homine , & perito , cui nil æquè in cauſis agendis , quam brevitas placet , quam ego cuſtodiendam eſſe confiteor , ſi cauſa permittat , alioquin prævaricatio eſt . Prævaricatio enim eſt curſim , & breviter attingere ea , quæ ſunt inculcanda , & repetenda .*

*Cætera ſuppleant &c.*

Napoli 14. Giugno 1752.

*Biaſo di Fiore .*